----En la ciudad de Trelew, a los 20 días de abril del año dos mil veintiuno, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Sergio Rubén Lucero y Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“V., J. O. y otra c/ R., A. N. s/ Cumplimiento de contrato” (Expte. N° 89 – Año 2020 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 177.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:----------

----Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por el coactor V. a fs. 118 y por la parte demandada a fs. 120, contra la sentencia de fs. 107/114, recursos concedidos a fs. 119 y 122, 2do. párrafo. A fs. 143/147 obra la expresión de agravios del coactor, de la que se confiere traslado a fs. 152, el que es contestado por la demandada a fs. 162/163. A fs. 153/158 obra la expresión de agravios de la accionada, cuyo traslado conferido a fs. 164, 2do. párrafo, es contestado por el coactor V. a fs. 165/169. ----------

----En la citada sentencia se hizo lugar a la demanda interpuesta por J. O. V. y Z. H. O. contra A. N. R., condenando a esta última a restituir el inmueble individualizado como unidad funcional X, construida sobre el lote X, del macizo X chacra X del Barrio J. Manuel de Rosas, de Trelew, en el plazo de treinta días hábiles de la notificación del decisorio; y a abonar la cláusula penal estipulada en el punto séptimo del boleto de compraventa de fs. 04/05, siempre y cuando reste un saldo pendiente de acuerdo a lo establecido en el considerando respectivo. Las costas se impusieron a la demandada vencida. Cabe señalar que el decisorio fue consentido por la coactora O..----------

----I.- Comenzaré por reseñar los agravios vertidos por el coactor y la respuesta de la accionada, para luego hacer lo propio con las quejas de esta parte y la contestación del actor.----------

----1) El coaccionante V. cuestiona que la sentencia afecta el principio de congruencia, ya que en un considerando se ordena llevar a cabo una liquidación del 35% del monto del inmueble de acuerdo a la cláusula penal pactada y que el resultado se compare con los pagos incompletos por $ 805.537 efectuados por la deudora, debiendo restituir los actores el saldo pendiente y en caso contrario la accionada deberá abonar dicha diferencia. Considera que el citado considerando es incongruente con las pretensiones y argumentos de las partes. Transcribe partes de la sentencia, arguyendo que la jueza de grado realizó un análisis minucioso de los hechos y argumentos, ratificando la legalidad de la cláusula penal pactada, la que debe ser ejecutada por la actora ante el incumplimiento culposo y hasta doloso de la demandada. Sin embargo destaca que la “a quo” ordenó que el monto de $ 518.000 resultante de la mentada cláusula con más los

intereses respectivos debía cotejarse con la suma abonada por la accionada de $ 805.537, debiendo restituir el saldo los actores o integrar la diferencia la demandada, según el caso.----------

----Considera que dicha parte del decisorio es incongruente dado que la demandada fue deudora culpable y ninguna de las partes pretendió el cotejo de los valores indicados, lo que beneficia a la parte incumplidora, evitándose resarcir a su parte luego de casi cuatro años desde la fecha de la venta y ocupación del inmueble. Cita jurisprudencia relativa al principio de congruencia, así como la normativa procesal y doctrina respectivas. Concluye indicando que se decidió *extra petita,* siendo inadmisible que su parte deba retribuir pagos cuya devolución jamás fue reclamada por la contraria, amén de que ésta es la única responsable por el incumplimiento y posterior resolución del contrato. Culmina con el petitorio de estilo.----------

----2) La demandada contesta los agravios señalando que los mismos demuestran la actitud de la actora que impidió arribar a cualquier acuerdo superador del valor dólar pactado en el contrato. Agrega que la contraria se limitó a expresar una diferente apreciación de los hechos y modo en el que corresponde que los jueces valoren las pruebas, sin realizar una crítica concreta, fundada y razonada. Es así que considera que no se cumple con los requerimientos del art. 268 del rito. Efectúa el petitorio de estilo.---

----3) Por su parte la accionada comienza por objetar que el decisorio no contempla el efecto fulminante de la devaluación de la moneda. Alude a la teoría de la imprevisión, y a que correspondía aplicar el art. 1019 del C. Civil y Comercial. Añade que la devaluación ocurrida desde la celebración del contrato hasta la rescisión fue excesivamente onerosa, citando en su apoyo el fallo “R.” de la Corte Suprema de la Nación. En cuanto a que su parte debía haber planteado antes la revisión del contrato, destaca que el art. 1091 precitado no prevé un plazo para su invocación. Alude a que existió un cambio sustancial en la política económica del país, que importó una causa ajena a las partes y al riesgo asumido, tratándose de algo que un contratante cuidadoso y previsor no pudiera prever. Entiende que existió una alteración que fue la devaluación no prevista, lo que no necesita prueba ya que se trata de un hecho de público y notorio conocimiento, precisando que el valor del dólar sufrió un aumento del 150% desde el comienzo del contrato hasta su finalización en no más de dos años. Compara ello frente a una inflación que no superaba el 100% para el mismo período y con la evolución de la tasa activa de interés que resultó ser un 30% más baja que la del dólar. Indica que la sentenciante nada dijo de la imposibilidad de cumplir por el citado aumento de la moneda extranjera.----------

----Reitera que la obligación de pagar en dólares se tornó rápidamente en muy gravosa, tanto que el Estado provincial pudo cumplir con sus obligaciones en dicha moneda, dejando de cumplir sus restantes obligaciones como el pago de los sueldos a los empleados. Subsidiariamente solicita que se morigere la cláusula penal, dado que considera que la misma resulta desproporcionada con un incumplimiento motivado en el

excesivo valor del dólar estadounidense. Entiende que se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la actora, por lo que apela en subsidio a una reducción equitativa de la mentada cláusula con apoyo en el art. 798 del C. Civil y Comercial, dado que había cumplido casi con el 50% del monto adeudado. Efectúa el petitorio de estilo.----------

----4) La coactora V. afirma que los agravios de la demandada no constituyen una crítica concreta y razonada, sino que sólo expresan disconformidad, esbozando afirmaciones genéricas y subjetivas, además de extemporáneas. Cita jurisprudencia al respecto. Agrega que la contraria realiza comparaciones absurdas con la situación económica provincial, que la demandada comenzó a incumplir el 10/08/18, que su parte solicitó la resolución el 27/12/18 y la contraria recién el 15/05/19, al contestar demanda, planteó el instituto de la imprevisión, es decir nueve meses después del comienzo del incumplimiento. Transcribe parcialmente el razonamiento de la jueza sobre este aspecto, así como cita jurisprudencia. Finalmente vuelve a transcribir la argumentación de la sentenciante relativa a la validez de la cláusula penal. Termina con el petitorio de estilo.-

----II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, me adentraré en el tratamiento de los agravios reseñados. Para ello comenzaré con el de la demandada ya que su planteo de aplicación del instituto de la imprevisión o que en subsidio se morigere la cláusula penal, condicionan el examen del agravio del coactor que se focaliza en el cotejo de lo debido por la cláusula penal y lo abonado por la demandada, de allí que se trate de temas que merecen un análisis previo. Con todo procede efectuar la siguiente consideración de manera preliminar.----------

----1) Ambas partes apelantes han sostenido que las expresiones de agravios de la respectiva contraria no importan crítica concreta y razonada, ya que se limitan a efectuar mera disidencias o afirmaciones genéricas y subjetivas (ver fs. 162/163 y fs. 165/vta.). Habré de desestimar dichas proposiciones. Es que, por un lado el coactor ha identificado de manera precisa su crítica en que la sentencia ha infringido el principio de congruencia al ordenar un cotejo de valores a restituir sin que la demandada solicitara la devolución de los pagos que efectuara (ver en especial fs. 146 vta., último párrafo). Y por su parte la demandada, considera que la juzgadora no consideró de manera adecuada la invocación del instituto de la imprevisión regulada en el art. 1091 del C. Civil y Comercial, remarcando los efectos de la devaluación en la época de cumplimiento del contrato (ver fs. 153 vta./156). ----------

----Sobre este aspecto se ha entendido que en caso de duda, es decir, si existe o no impugnación suficiente por tratarse de un acto lacónico o incompleto, debe estarse por la apertura de la instancia. Tal la orientación de nuestra jurisprudencia desde antiguo: la sanción de la deserción de la instancia por su gravedad debe aplicarse con criterio favorable al apelante, a condición de que el agraviado individualice, aunque sea en mínima medida, los motivos de su disconformidad. Los agravios no necesitan ajustarse a formalidades sacramentales e inclusive su cumplimiento a los efectos del recurso ha

de ser apreciado con tolerancia, según una interpretación que se estima adecuada a una mejor aplicación de la garantía de la defensa en juicio. La sanción que importa la deserción, en suma, reviste carácter restrictivo (conf. Fenochietto-Arazi: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Astrea, 1993, T° 1, pág. 945). ----En síntesis, sin perjuicio de la suerte que corran los agravios, y en especial de lo que seguidamente argumentaré respecto de los de la demandada, los mismos cumplen mínimamente con la suficiencia exigida para ser examinados.----------

----2) La accionada ataca la sentencia en cuanto no hizo lugar a la aplicación del art. 1091 del C. Civil y Comercial. Considera que es un hecho de público y notorio conocimiento la imprevista devaluación del peso respecto del dólar estadounidense durante el tiempo de vigencia del contrato, que alcanzó un 150%, frente a un índice de inflación que no superaba el 100%. También efectúa una comparación de la citada devaluación con el aumento de la tasa activa de interés del banco oficial local. Citó en apoyo de su tesitura el fallo "R." de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver fs. 153 vta./156). ----------

----La jueza de grado, al tratar esta cuestión, refirió que la demandada invocó que no existió incumplimiento alguno dado que la falta de pago respondió a una imposibilidad objetiva de cumplir motivada en la devaluación del peso, ello con fundamento en el art. 956 del C. Civil y Comercial -por error se menciona el C. Civil- (ver sentencia a fs. 109 vta., considerando C, 2do. párrafo). La sentenciante siguió razonando que la accionada esgrimió la norma mentada de modo genérico, que lo hizo recién al contestar la demanda, y que si pretendía que se revise el contenido del contrato y que las prestaciones a su cargo se habían tornado excesivamente onerosas, pudo hacerlo desde septiembre de 2018 o antes inclusive (ver sentencia a fs. 109 vta., últimos párrafos). Y seguidamente para reforzar su razonamiento cita jurisprudencia de este Cuerpo relativa a la teoría de la imprevisión, y con apoyo en cita doctrinaria terminó por desestimar la defensa esgrimida señalando que probado por el acreedor el incumplimiento material, incumbe al deudor la prueba de la imposibilidad liberatoria que se comporta como hecho extintivo de la prestación de responsabilidad (ver sentencia a fs. 110/vta.).----------

----Amén del rechazo a la deserción que sostuve en el primer considerando, debo indicar que el agravio en cuestión resulta rayano en la misma. Es que en verdad, al contestar demanda, la accionada se limitó a señalar la "fulminante devaluación del peso frente al dólar" como un hecho que imposibilitó objetivamente cumplir, que dicha devaluación es un hecho objetivo, público y notorio, que fue imprevista y enmarcada en una crisis generalizada del país que quiebra el equilibrio del contrato, en base a lo cual peticionó la intervención judicial para que se logre un punto de acuerdo equitativo que proteja el derecho de ambas partes (ver fs. 32/vta., pto. III). Y luego, como bien dice la juzgadora, de manera genérica citó el art. 956 del C. Civil y Comercial -aquí es la demandada quien erróneamente mencionó el C. Civil- para reiterar que existió una imposibilidad objetiva

de cumplir por la fulminante devaluación de la moneda nacional (ver fs. 32 vta., pto. V). Digo que el agravio es rayano en la deserción porque en realidad, al contestar demanda, la accionada no invocó expresamente la teoría de la imprevisión regulada en el art. 1091 del C. Civil y Comercial como lo hace en esta sede, sino que aludió a la imposibilidad de cumplimiento objetiva prevista en los arts. 955 y 956 del C. Civil y Comercial. Sin embargo, trataré ambas cuestiones debido a una interpretación amplia, en tanto en primera instancia se aludió al hecho de la devaluación del peso como algo imprevisto y que ameritaba lograr un acuerdo equitativo para ambas partes, circunstancias que hacen al instituto regulado en el art. 1091 del C. Civil y Comercial, y que si bien la jueza no hizo alusión a dicha norma lo examinó bajo tales parámetros (ver nuevamente la sentencia a fs. 110/vta.). ----------

----Ante todo cabe decir, lo cual no ha sido cuestionado, que resulta aplicable la normativa del C. Civil y Comercial, dada la fecha de celebración del contrato del 06/10/16 (ver contrato de fs. 04/05 y sentencia a fs. 108/vta., considerando A). Es así que en el contrato de compraventa inmobiliaria se fijó un precio total de $ 1.480.000, habiéndose abonado antes y en el acto de celebración del contrato la suma de $ 300.000, pactándose que el saldo se abonara en 60 cuotas de u$s 1.454 cada una. Asimismo se convino que las cuotas podrían ser abonadas en pesos calculada la conversión a la cotización promedio entre dólar vendedor-comprador del Banco de la Nación Argentina al día de pago efectivo de cada cuota (ver fs. 04 vta., cláusula segunda). ----------

----Al respecto cabe señalar, en primer lugar, que el art. 765 del C. Civil y Comercial establece que *“La obligación es de dar suma de dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.* Por su parte el art. 766 dispone: *“El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”.*----------

----En comentario a esta normativa, se ha considerado que la moneda extranjera no tiene carácter dinerario, como lo preveía la ley 23928 y el anteproyecto del Código. Es una cosa no dineraria y por lo tanto si la obligación se pacta en moneda extranjera, es considerada como de dar cantidades de cosas (art. 765). La obligación en moneda extranjera no está prohibida, como ocurre en otros países, sino que, por el contrario, puede ser usada y así lo prevé el Código en numerosos supuestos (contratos bancarios). La obligación que tiene por objeto una prestación en moneda extranjera presenta el problema del pago. Conforme con el régimen del código, la regla es que el deudor tiene la opción de liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal. La opción por el equivalente no la transforma en una obligación facultativa, porque no hay una prestación principal y otra accesoria (art. 786). Esta regla tiene las siguientes excepciones: a) que

las partes hayan pactado expresamente el pago en moneda extranjera y la renuncia a la opción (art. 958, 959, en materia de contratos; 1121, inc. a, en los contratos de consumo); b) que esté previsto expresamente otra solución (ej.: contratos bancarios). Esta hermenéutica es la única posible dentro del sistema del Código, que obliga a una interpretación coherente (art. 2 del Código). En el sistema no sólo no hay ninguna prohibición expresa para contratar en moneda extranjera, sino que hay varias normas que así lo permiten, lo que destruye toda la tesis de que, al ser obligaciones de género, no pueden constituirse en precio de un contrato. Tal el caso de las obligaciones derivadas de un contrato de depósito bancario (art. 1390), de préstamo bancario (art. 1408), de descuento bancario (art. 1409), de cuenta corriente (art. 1405), de apertura de crédito (art. 1410). Con relación al contrato de mutuo el artículo 1525 expresamente dispone que el mutuario se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie y en los mismos términos lo hace con relación a los intereses (art. 1527). Asimismo al no mencionarse el decreto-ley 5965 sobre letra de cambio y pagaré, dentro de las derogaciones derivadas de la aplicación del nuevo código, se debe entender que no sufre modificaciones, por lo que sería válido insertar en esos papeles de comercio la cláusula de “pago efectivo en la moneda extranjera” (conf. Ossola, Federico Alejandro, en Lorenzetti, Ricardo Luis (Director): “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T° V, págs.124/126).----------

----De tal forma cabe entender que a la luz de este panorama, queda claro que la norma residual del artículo 765 no resulta de orden público, pues si ése hubiera sido el objetivo de política monetaria, mal podría haber adoptado, el mismo legislador, un criterio diverso para con las obligaciones en moneda extranjera pactadas en los diferentes contratos nominados que canalizan habitualmente la dinámica de los negocios vinculados al crédito monetario. En consecuencia, dado que el art. 765 no resulta una norma imperativa, no habría inconvenientes en que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962), pacten, como dice el art. 766, que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada (conf. Ossola, op. cit., pág. 126).------

----Si bien la extensa cita doctrinaria que realicé no resulta dirimente en la especie, entendí conveniente efectuarla para brindar un marco de encuadre normativo a contratos que, como el que aquí nos ocupa, prevé el pago del saldo en moneda extranjera. De todas formas en la especie no existe problema en que el deudor abone el saldo en el monto equivalente en moneda nacional, ya que expresamente así lo previeron las partes en la cláusula segunda del contrato ya mentada. Y así lo entendió correctamente la jueza de origen al convertir en pesos la suma abonada en dólares estadounidenses por la demandada (ver sentencia a fs. 113, 3er. párrafo), porción del decisorio que no fuera atacada por ninguna de ambas partes.----------

----Sentado lo anterior, procede señalar que el art. 955 del C. Civil y Comercial define, en la parte que aquí interesa, a la imposibilidad de cumplimiento de la siguiente manera:

“La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad”. A su vez el art. 956 dispone que *“La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible”.*----------

----Al respecto se ha sostenido que si bien la regla general que impera en la materia determina que el deudor es responsable del incumplimiento de la obligación a su cargo, su responsabilidad se torna inexistente cuando la prestación resulta imposible de ejecutar en razón del *casus* genérico del artículo 1730 del código. El efecto principal de la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la obligación es la extinción de la obligación y la consecuente liberación del deudor, siempre que la imposibilidad sea producida por un caso fortuito o fuerza mayor, y resulte totalmente ajena a la conducta del deudor. La cuestión fundamental aquí radica en qué cosa debe acreditar el *solvens* incumplidor para sustraerse a la obligación de tener que reparar el daño ante la falta de ejecución de la prestación comprometida (Calvo Costa, Carlos A., en “Lorenzetti, Ricardo Luis (Director)”, op. cit., ídem, pág. 519).----------

----Para que medie imposibilidad de cumplimiento como causa de extinción de las obligaciones se deben configurar los siguientes requisitos. La primera es que la responsabilidad se haya tornado efectivamente imposible, en razón de una causa sobrevenida. La imposibilidad aludida en el código puede ser física o jurídica. Habrá imposibilidad física cuando la prestación sea de realización físicamente imposible, como suele suceder en las obligaciones de hacer *intuitu personae* ante el fallecimiento del deudor obligado. En cambio habrá imposibilidad jurídica cuando aparece un obstáculo legal que se opone a la realización de la prestación debida, aun cuando ella sea materialmente posible de ser cumplida (por ejemplo: la venta de una cosa que haya sido puesta fuera del comercio, o prohibición legal de ejecutar una actividad en una zona determinada). La mera dificultad, por más complicada que ella sea, no da lugar a esta causal de extinción, debe tratarse de una verdadera imposibilidad. Además debe ser posterior al acto que ha generado la obligación, ya que si fuera contemporánea al mismo, existiría un defecto originario fundamental por la falta de objeto, por lo que el problema sería la validez o no de la relación obligatoria, es decir, una cuestión de nulidad. Además la imposibilidad debe ser objetiva, lo que significa que el impedimento esté referido al contenido de la prestación en sí y por sí considerada, con abstracción de todo elemento que sea extrínseco a la prestación misma; debe ser absoluta, es decir que no puede ser vencida por las fuerzas humanas, por lo cual la prestación no puede ser llevada a cabo por nadie; y en el caso del art. 955 debe ser definitiva, es decir que no puede ser cumplida con posterioridad a la ocurrencia del hecho impeditivo (conf. Calvo Costa, op. cit., ídem, págs. 520/521).----------

----Otro requisito radica en que la imposibilidad no debe ser imputable al deudor, ya que

en tal caso, más que extinguir la obligación, agravaría la situación de éste, quien además deberá pagar los daños y perjuicios que ocasione por ello al acreedor, tal como lo establece la segunda parte del art. 955. Y por último se exige que el deudor no responda por caso fortuito, ya que si lo ha asumido a su cargo, no podrá exonerar su responsabilidad y responderá por el incumplimiento. Es dable aclarar aquí que el alcance del caso fortuito como hecho liberatorio es una cuestión compleja, compuesta por dos elementos: uno objetivo -la imposibilidad sobrevenida- y otro subjetivo, la no imputabilidad del deudor. La imposibilidad sobrevenida no es una consecuencia del hecho fortuito, en el sentido de simple *posterius* que sucede cuando se han conformado los elementos del caso fortuito, sino un elemento que integra el hecho complejo que importa el acontecimiento impeditivo, puesto que mientras no ocurra la referida imposibilidad, carece de relevancia que el hecho tenga las características del caso fortuito. Por ende, resulta importante distinguir entre el incumplimiento en sí mismo considerado, del hecho complejo que importa el fortuito -incluida la imposibilidad sobrevenida-, en el sentido de que el primero debe encontrarse en relación causal adecuada con el segundo, toda vez que el caso fortuito debe ser la causa determinante del incumplimiento para que el deudor no responda por los daños que ocasione al acreedor con dicha falta de cumplimiento (conf. Calvo Costa, op. cit., ídem, págs. 521/522).----------

----En la especie encuentro claro que no existió una imposibilidad de cumplimiento sino, en el mejor de los casos para la demandada, se dio una dificultad de cumplimiento por el encarecimiento del dólar estadounidense. Sin embargo, no cabe considerar que dicho encarecimiento, o lo que es lo mismo, la devaluación de la moneda nacional, pueda considerarse un caso fortuito, o una circunstancia imprevisible -lo que desarrollaré más adelante al tratar el argumento del instituto de la imprevisión-. Ello así por cuanto al suscribirse el contrato el 06 de octubre de 2016, la política económica vigente en el país era de un mercado único y libre de cambio y la misma continuaba vigente a la fecha de la resolución fijada en el decisorio -y no controvertida- del 27 de diciembre de 2018 (ver sentencia a fs. 113, 4to. párrafo), por lo cual la pérdida del valor adquisitivo del peso frente al dólar estadounidense era una circunstancia que las partes pudieron considerar al contratar, y que no importaba una imposibilidad de cumplimiento, sino en todo caso una dificultad.----------

----Sólo agregaré para concluir el razonamiento relativo al rechazo de la existencia de una imposibilidad objetiva de cumplir el contrato, y dada la correcta remisión efectuada por la jueza de grado en cuanto a la buena fe contractual (ver sentencia a fs. 110, 2do. y 3er. párrafos), que este principio genéricamente consagrado en el art. 9 del C. Civil y Comercial, encuentra su concreta regulación en los ámbitos obligacional y contractual en los arts. 729 y 961 del mismo código. Al respecto debe tenerse en cuenta que la buena fe significa básicamente honestidad de hecho, y se explica que la honestidad es

la virtud más fuertemente unida con el principio de autonomía, porque si una persona está bien informada y goza con seguridad de sus derechos, cualquiera de las disposiciones que elija merece ser respetadas. Tales disposiciones representan la decisión racional de un ser humano libre sobre cómo disponer de lo que es suyo. La honestidad asegura que un cocontratante no engañará para beneficiarse de la decisión mal informada del otro cocontratante, y también garantiza que una vez cerrados, los acuerdos serán respetados. La capacidad de formarse juicios verdaderos y racionales y de actuar en consecuencia, es el corazón de la personalidad moral y el fundamento del derecho de una persona de que se lo respete como un ser ético. De manera consistente se ha sostenido que en caso de error por falta u ocultamiento de información debida, no corresponde usar la teoría de la promesa para la ejecución de un contrato, sino los otros criterios de equidad, y donde una parte causa el error o la ignorancia de la otra, los criterios de equidad no lo favorecen (conf. Fried, Charles: “La obligación contractual. El contrato como promesa”, Ed. Jurídica de Chile, 1996, págs. 116/120). ----------

----Asimismo el concepto de buena fe no sólo es invocado para condenar el engaño y la falta de candor al momento de que se perfecciona el acuerdo, sino también para exigir una actitud futura, para condenar el engaño y las trampas durante la ejecución de las obligaciones contractuales. En línea con esta idea se ha argumentado que, si bien la buena fe como honestidad es compatible con el concepto del contrato como promesa, puesto que sólo las obligaciones asumidas con conocimiento son contraídas libremente, la buena fe como lealtad impone deberes que van más allá de la promesa. Sin embargo, el deber de ejecutar los contratos de acuerdo al principio de buena fe no socava la naturaleza autónoma de la obligación contractual, ya que una interpretación razonable del acuerdo de las partes, de sus intenciones originales, del contexto de prácticas y supuestos normales para este tipo de transacciones sería suficiente para proveer una solución satisfactoria en los casos de cumplimiento contractual. Es que las promesas, como toda expresión humana, son hechas en un trasfondo de propósitos y experiencias compartidos, sin ese trasfondo común la comunicación sería imposible. Esto permite afirmar que en la ejecución de un contrato es necesario tomar en cuenta el presupuesto contractual de un contexto de variaciones normales de las necesidades y condiciones, de modo que se considerará que la buena fe importa mientras las condiciones del negocio sean normales, y la latitud de la redacción del contrato no debe ser usada para forzar una ganancia inesperada o nuevas concesiones de la otra parte (conf. Fried, op. cit., págs. 126/130). ----------

----En la especie, la demandada no invocó y menos acreditó que careciera de información relevante con relación al régimen del mercado de cambio vigente al tiempo del contrato. A ello debe añadirse que en nuestro país, constituye una práctica de muchas décadas que el mercado inmobiliario se opere en dólares estadounidense, por lo cual al suscribir el contrato y comprometerse a saldar el precio en dicha moneda, la accionada fue -o al

menos debió ser- consciente del riesgo asumido por una eventual devaluación del peso. Es así que no ha acreditado engaño, ocultamiento de información ni aprovechamiento de un cambio de condiciones por parte de los vendedores, ya que el contexto de las prácticas vigentes en el mercado inmobiliario es el de pactar los precios en la moneda extranjera, y en dicho marco es que deben juzgarse las intenciones originales de las partes al contratar y por ende su honestidad y buena fe contractual.----------

----Paso ahora a examinar la invocación del instituto de la imprevisión. Reitero que una visión amplia y benévola en el tratamiento del agravio me llevan a examinar este argumento, ya que en primera instancia no se invocó como argumento jurídico, más sí se hizo mención a que la devaluación del peso fue imprevista y enmarcada en una crisis generalizada del país (ver fs. 32, pto. III, 3er. párrafo). En el anterior Código Civil, la llamada "teoría de la imprevisión" había sido introducida por la ley 17711 que añadió en el artículo 1198 los siguientes párrafos: *"En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato".* Del texto se desprende que contar con la información debida es relevante a los fines de invocar la "imprevisión", ya que si obteniendo dicha información -u obrando con diligencia para obtenerla- los acontecimientos dejaran de ser extraordinarios o imprevisibles, no podrá invocarse la norma. De allí que también se prescriba que la onerosidad no deba ser consecuencia del riesgo o álea propios del contrato, ya que no se puede proteger al contratante negligente.----------

----En el nuevo código el instituto de la imprevisión es receptado en el art. 1091 que establece: *"Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos; o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia".*----------

----Acerca de la nueva norma se han evidenciado sus diferencias respecto del viejo 1198. Así se ha señalado que la onerosidad aparece implícita en la conmutatividad, ya que en

virtud del nuevo art. 968 los contratos conmutativos y aleatorios constituyen variantes de los onerosos; se busca terminar indirectamente con el debate acerca de su aplicación a los contratos gratuitos, los que siguen excluidos del ámbito de aplicación de la figura, lo que ha sido criticado por tratarse con mayor rigor a quien hace una liberalidad que a quien obtiene una contraprestación a cambio de cumplir con la prestación a su cargo; la última parte de la norma capta expresamente a los contratos aleatorios. Asimismo, se ratifica que la imprevisión se aplica a un acontecimiento ajeno al riesgo asumido por la parte afectada, lo que explica que el instituto no busca proteger al contratante negligente sino a quien no obtuvo por causas ajenas a él, o no pudo obtener, la información relevante que habría impedido el carácter imprevisible y extraordinario de los acontecimientos sobrevinientes. Se exige, claro está, que se provoque una excesiva onerosidad de la prestación a cargo del deudor, representada en un notable desequilibrio. Como otra diferencia relevante se apunta a que se reconoce expresamente a la parte afectada, no sólo la acción de extinción -resolución-, sino también la de adecuación, que en el anterior texto sólo se preveía como ofrecimiento de reajuste equitativo por la otra parte, si bien existía consenso en que esta posibilidad era reconocida al deudor a pesar del texto del antiguo art. 1198 (conf. Hernández, Carlos A.: "Extinción y adecuación del contrato (Reflexiones sobre el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012)", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012-3, págs. 135/137).----------

----En concreto respecto del requisito de procedencia de que haya "Una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración sobrevenida por causas ajenas a las partes…", se ha dicho que se atiende así al suceso que sale del curso normal y ordinario de las cosas, con notas de imprevisibilidad, extraneidad y sobreviniencia. Sobre la imprevisibilidad, el más polémico de los recaudos, se recuerda que la doctrina y la jurisprudencia la consideró cumplida frente a los graves procesos inflacionarios de junio de 1975, febrero-abril de 1981 y mayo de 1989. Se juzgó que para ello era indispensable evaluarla en concreto, es decir, en atención a las cualidades subjetivas del contratante perjudicado, y prescindiendo de la opinión de expertos expresada en contraposición al plan de gobierno en curso (conf. Hernández, Carlos A., en "Lorenzetti, Ricardo Luis (Director)", op. cit., T° VI, pág. 224). ----------

----En la especie, ya se ha dicho que la devaluación del peso respecto del dólar estadounidense resultaba un hecho previsible, ya que con posterioridad a la salida del régimen de convertibilidad establecido por la ley 23923, a partir de la ley 25561, el aumento del valor de la moneda estadounidense ha sido una constante, con etapas de mayor o menor "calma cambiaria", pero siempre su incremento ha resultado una circunstancia previsible. De allí que encuentro equivocada la cita que efectúa la demandada del fallo "R." de la Corte Suprema de Justicia nacional (conf. CSJN, in re: "R., F. y otro c/ G. T., R. C. y otra", Fallos: 330:855; LL, 2007-B-660). Es que dicho fallo

fue dictado respecto de un contrato en dólares celebrado durante el régimen de convertibilidad que por ley establecía la paridad entre el peso y el dólar estadounidense a valor de 1 a 1, y que como consecuencia de la salida de dicho régimen podría considerarse que el fin de tal régimen legal fue un acontecimiento imprevisible y extraordinario. Dicho fallo “R.”, al igual que “L.” (conf. CSJN, in re: “L., I. G. c/ I. de E. I. S. P. SRL”, Fallos: 330:5345; elDial-AA4430), a diferencia de los fallos “B.” y “M.”, que trataban de reclamos de ahorristas que demandaban a entidades bancarias la devolución de sus depósitos en moneda extranjera, versan sobre demandas de acreedores hipotecarios privados que reclamaban a sus deudores el pago en moneda extranjera. Estas deudas, en un primer momento, no resultaron alcanzadas por la “pesificación” de acuerdo a la legislación de emergencia, como sí ocurrió con las deudas hipotecarias y prendarias con las entidades financieras -bajo el cumplimiento de determinados requisitos-, por lo tanto el reclamo de los acreedores en dólares resultaba ajustado a derecho de acuerdo a la legislación vigente. Mas posteriormente la ley 26167 las “pacificó” si bien no en los mismos términos que para los deudores con entidades financieras. En cumplimiento de dicha norma, la Corte Federal distribuyó las cargas de la diferencia de cotización de la moneda extranjera, aplicando lo que se llamó la “teoría del esfuerzo compartido”, por la cual, el mayor valor del dólar en el mercado libre de cambios resultó asumido por ambas partes, acreedor y deudor respectivamente.----------Es así que en *R.* el alto tribunal decidió que en las ejecuciones de mutuos hipotecarios celebrados entre particulares en divisa extranjera y por un monto inferior a los $ 100.000, en los que el deudor tuviera comprometida su vivienda única y familiar, el reajuste equitativo de las prestaciones al que se refiere el art. 11 de la ley 25561, no podría exceder el cálculo que surge de la conversión de un dólar a un peso más el 30% de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre del dólar, debiendo adicionarse un interés que no sea superior al 2,5% anual por todo concepto. Para justificar dicha decisión, se argumentó que el legislador optó por proteger en mayor medida a los deudores hipotecarios cuyos hogares estuviesen en riesgo de ser ejecutados como consecuencia de la crisis económica, lo que resulta coherente con el art. 14 bis de la Constitución Nacional que contempla la protección de la familia y el acceso a una vivienda digna. A ello se añadió que existía la posibilidad de que un número muy importante de deudores hipotecarios pudieran ver en peligro la subsistencia de las garantías contempladas en el art. 14 bis mencionado. También se paragonó la situación con la prevista por el artículo 1198 del C. Civil que permite invocar la “teoría de la imprevisión”, ya que se sostuvo que al decidir sobre el conflicto de intereses planteados que celebraron mutuos hipotecarios en divisa extranjera no puede estarse a la liberalidad de lo pactado cuando la prestación se ha tornado excesivamente onerosa para uno de los contratantes en virtud de la grave crisis económica imperante, resultando inoponible la cláusula que prohibía invocar la imprevisión. En correspondencia con esta última

consideración, en su voto diferenciado, los jueces Lorenzetti y Zaffaroni razonaron que es legítima la recomposición del contrato de mutuo hipotecario celebrado entre particulares con destino a vivienda única y familiar, basado ello en la excesiva onerosidad sobreviniente, en la protección del consumidor endeudado en un grado que afecta sus derechos fundamentales y el acceso a la vivienda, y en la medida en que no se encuentra afectado el derecho de igualdad por tratarse de personas que presentan una clara insuficiencia económica y son las que más dificultades han tenido para recomponer sus ingresos luego de la crisis.----------

----Por su parte en *L.,* la situación fáctica era diferente, ya que se trataba de un mutuo por un valor mayor a los U$S 250.000 garantizado con hipoteca sobre un inmueble que no revestía el carácter de vivienda única, permanente y familiar. De todas maneras la Corte entendió que correspondía convertir a pesos -"pesificar"- el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense más el 50% de la brecha existente entre el peso y la cotización de la mencionada divisa extranjera en el mercado libre de cambio al día de pago, salvo que la utilización del coeficiente de actualización previsto en las normas de excepción arroje un resultado superior, con más una tasa de interés del 7,5% anual, entre moratorios y punitorios. Fundamentó la decisión en que teniendo en cuenta los cambios económicos producidos a partir del dictado de las leyes de emergencia, para determinar el monto de la obligación derivada de un mutuo hipotecario como el del caso, la solución con mayor aptitud para el resguardo de los derechos constitucionales de las partes es la distribución proporcional del esfuerzo patrimonial, en tanto materializa de modo más acabado el principio de equidad. Asimismo, el juez Zaffaroni agregó que, si bien en los mutuos hipotecarios celebrados entre los particulares en los que se encuentra comprometida la vivienda única y familiar del deudor o que estándolo son superiores en origen a la suma de U$S 250.000, no resulta afectado el estatuto protectivo de la familia y del acceso a una vivienda digna, ello no excluye, a los efectos de la pesificación, la factibilidad de la afectación de la finalidad del contrato ni constituye una valla infranqueable para la aplicación del instituto de la excesiva onerosidad sobreviniente, dado que la gravedad con la que la crisis se reflejó en la relación de la moneda nacional con las divisas extranjeras no permite presumir la inexistencia de desproporción entre las prestaciones.----------

----En *L.,* tres jueces votaron en disidencia -Lorenzetti, Fayt y Argibay-. A fin de resumir las posturas de los mismos, corresponde mencionar que Lorenzetti entendió que la legislación de emergencia era inconstitucional en el caso, por cuanto el mutuo hipotecario en cuestión no se vinculaba con derechos fundamentales relativos a la protección de la persona, a los consumidores o a la vivienda digna, además de que no se acreditó ninguna desproporción entre las prestaciones que tornara aplicable la excesiva onerosidad sobreviniente. Por su parte Fayt consideró un obstáculo para la aplicación de la legislación de emergencia la circunstancia de que el deudor se hallaba

en mora, y que en el caso la “pesificación” importaba una quita que, como tal, resulta confiscatoria. Finalmente la jueza Argibay argumentó que una quita, como la que se operaba en el caso, no podía entenderse como una aplicación válida del principio del esfuerzo compartido, ya que limitar el derecho de quien otorgó un empréstito a obtener la entrega de bienes diferentes y de menor valor constituye una restricción de su derecho de propiedad que no encuentra convalidación constitucional. ----------

----Rosenkrantz es crítico de la solución brindada en *R.* y *L.* Examina el argumento de la excesiva onerosidad, habilitante de la aplicación de la teoría de la imprevisión y por ende del reajuste equitativo, reseñando que en *R.,* se sostuvo que la devaluación había *desbordado el grado de previsibilidad que podía exigirse a un obrar razonable;* que el incremento del dólar era un acontecimiento impredecible que alteraba el álea contractual, tornando excesivamente oneroso el cumplimiento de lo debido; y que se había desquiciado el contrato por circunstancias sobrevinientes, lo que justificaba la pesificación de las deudas y la reducción del monto debido al acreedor. Entiende que la teoría de la imprevisión no puede ser usada para justificar la pesificación, y para sostener su postura toma distancia del voto de Lorenzetti en *L.,* donde se expresó que los deudores argentinos se comprometieron a entregar una cantidad de cosa -dólares- y la obligación de entregar una cantidad de cosas imposibilita invocar la imprevisión. Para Rosenkrantz la imposibilidad de invocar la teoría de la imprevisión no resulta invocable porque el aumento de la cotización del dólar no pudo haber sido un hecho “imprevisible” pues aunque las leyes de convertibilidad fijaban una paridad de un peso un dólar, la posibilidad de devaluación estuvo siempre presente al punto de existir tasas diferenciales para los préstamos en dólares; y por otro lado, como lo sostuvo Fayt en su disidencia, el deudor tuvo en cuenta la posibilidad de devaluación al punto que acordó cláusulas contractuales en las que en circunstancias de escasez de dólares o de aumento de su valor o de imposibilidad de compra se obligaba a devolver la cantidad de bonos o títulos necesarios para comprar los dólares debidos en un mercado diferente al local (conf. Rosenkrantz, Carlos F.: “El derecho de propiedad según la Corte Suprema de Justicia”, en “La Corte y los Derechos”, Siglo XXI Editores, Buenos Aires).----------

----Como se puede apreciar respecto del fallo “R.” se han argumentado sólidas críticas en cuanto a la aplicación del instituto de la imprevisión, por cuanto los contratos en dólares, aun en vigencia del régimen de convertibilidad contaban con tasas de interés y cláusulas contractuales más beneficiosas para el deudor, lo cual pone en duda la imprevisibilidad de la ulterior devaluación. Ahora bien, si ello se ha esgrimido respecto de contratos celebrados durante la vigencia de la ley 23928, con mayor razón ello aplica para el que aquí nos ocupa, el que, reitero, fue celebrado en plena vigencia de un régimen de mercado único y libre de cambio, lo que refuerza la inaplicabilidad del art. 1091 del C. Civil y Comercial al “sub exámine”. Es así que tampoco resultan audibles las razones sustentadas en la crisis económica que la demandada pretende sostener en la

situación provincial (ver fs.156 vta./157, pto. II, B). ----------

----Por los motivos expuestos es que habré de rechazar este primer agravio de la demandada.----------

----3) La accionada recurrente solicitó, en subsidio, que se morigere la cláusula penal, establecida en la cláusula séptima del contrato (ver fs. 05 y fs. 157 “in fin”/vta.). En primer lugar ha de precisarse que dicha morigeración no fue requerida en la instancia de grado (ver contestación de demanda a fs. 32/33), por lo que, en principio se trataría de un capítulo no propuesto y por ende inaudible en los términos del art. 280 del CPCC. No obstante ello, cabe considerar que el art. 794 del C. Civil y Comercial en su segundo párrafo estipula que *“Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”.*----------

----Al respecto se considerado que no cabe dudar que cuando el orden público se encuentra comprometido, los jueces deben intervenir de oficio, reduciendo las cláusulas penales abusivas, y sea cual sea la naturaleza del proceso (incluso, por ende, en el juicio ejecutivo). Tal situación es evidente en el marco de las relaciones de consumo, y también en los contratos por adhesión a condiciones generales. La cuestión es más delicada en el ámbito de las obligaciones de dar dinero no emanadas de las fuentes recién citadas, desde que si bien por un lado la cuestión se encuentra fuertemente imbuida de orden público, por el otro las muy diversas situaciones en las que se genera una obligación de dar dinero pueden justificar, incluso sobradamente, tasas de interés que *prima facie* lucirían abusivas. Debe ello ser valorado por el juez con suma prudencia, y no cabe dudar que si en forma palmaria, manifiesta y ostensible, sin necesidad de cualquier otra indagación, investigación o prueba, la cláusula es abiertamente abusiva, corresponde de oficio su morigeración (p.ej.: una tasa de interés del 100% anual en un mutuo dinerario). Es que, de lo contrario, no sólo el juez estaría convalidando el otorgamiento de un acto jurídico de objeto ilícito, sino que además permitiría, legitimando con su resolución, el enriquecimiento sin causa del acreedor. Distinta sería la situación si el deudor comparece, con asistencia letrada, y no cuestiona la tasa de interés en tiempo oportuno. En tal situación, el juez no podría intervenir, desde que, por encontrarse, ya incorporados a su patrimonio, se trataría de derechos disponibles. Ello sin perjuicio, claro está, de una revisión posterior en los términos del artículo 771 del Código, pero para lo cual deberá tomarse como parámetro de base la tasa mandada a pagar (conf. Ossola, Federico Alejandro, en “Lorenzetti, Ricardo Luis (Director)”, op. cit., T° V, págs. 237/238). ----------

----En el “sub lite” es claro que no se trata de un contrato de consumo ni de adhesión, ni con cláusulas predispuestas, por lo que en principio no se advierte que se imponga la morigeración de oficio. Aun así y a los fines de efectuar un acabado examen del tema introducido, trataré el mismo, más aún cuando la propia jueza de grado examinó la

cuestión de una eventual morigeración. Y sobre dicho particular la misma razonó que no se impide actuar reduciendo la pena cuando su importe violente los postulados de la moral y las buenas costumbres, en tal supuesto resulta lícito corregir la cláusula y reducirla a límites razonables (ver sentencia a fs. 111 vta., 3er. párrafo). Y siguió discurriendo que entre las circunstancias a considerar deberá apreciarse si el monto de la pena es desproporcionado, para lo cual cabe considerar la gravedad de la falta cometida, el valor de las prestaciones y las demás circunstancias del caso. Como presupuesto subjetivo se menciona que el acreedor haya ejercido un abusivo aprovechamiento de la situación en que se encontraba el deudor, lo cual presenta estrecha relación con el vicio de lesión regulado en el art. 332 del C. Civil y Comercial. Remarcó que el aprovechamiento existe cuando la desproporción entre las prestaciones es notable (ver sentencia a fs. 111 vta., dos últimos párrafos/112, dos primeros párrafos).----------

----Y aplicando tales pautas al caso en cuestión, la sentenciante, textualmente, argumentó: *"En el caso de autos, se verifica que el último mes en el que cumplió la demandada las prestaciones a su cargo fue en agosto/2018, decidiendo la resolución la accionante el día 27/12/2018 (transcurrieron 4 meses desde el primer incumplimiento hasta la decisión extintiva), que el hecho de que la frustración del contrato responde a un incumplimiento exclusivo de la demandada cercenando el derecho de los actores de usufructuar o disponer del inmueble desde el 06/10/2016 -al momento de pasar los presentes autos para sentencia no fue restituido el mismo- y por contrapartida poseyendo la accionada el inmueble desde entonces, es decir, ahorrándose los gastos derivados de alquilar un inmueble para vivienda. Conforme lo antedicho,* ***tendré por válida la cláusula SÉPTIMA*** *estipulada en el boleto de compraventa de fs. 14/5* (existe un error material, debe leerse 04/05). *Debiendo integrar en concepto de cláusula penal la accionada el monto convenido por las partes que se determinará en la etapa de ejecución de sentencia, conforme los parámetros que a continuación se estimarán"* (ver sentencia a fs.112, último párrafo/vta., dos primeros párrafos).----------

----He preferido extenderme en los argumentos desgranados por la juzgadora, porque ante ellos, nuevamente habré de señalar que lo expuesto en el agravio es rayano en la deserción. Nótese que la demandada señala que la cláusula penal resulta desproporcionada por cuanto el incumplimiento se motivó en el excesivo valor de la moneda extranjera (ver fs. 157 vta., 1er. párrafo), argumento que ya fuera desechado en el considerando anterior. Pero a ello agrega que el acreedor va a recibir el inmueble con más un 35% en dólares (ver fs. 157 vta., 2do. párrafo). Esto resulta totalmente equivocado por cuanto resulta claro de la mentada cláusula séptima, que la cláusula penal asciende al 35% del precio pactado (ver fs. 05), el cual fue expresado en pesos (ver cláusula segunda a fs. 04), y así fue determinada en el decisorio -$ 518.000- (ver sentencia a fs. 113, 1er. y 4to. párrafos) sin que ello hubiera sido atacado por ninguna

de las partes.----------

----Por último la quejosa aduce que cabe aplicar el art. 798 del C. Civil y Comercial en cuanto a la disminución proporcional en base al cumplimiento parcial o irregular de la obligación (ver fs. 157 vta., 4to. párrafo). Es cierto que se ha señalado que las reglas de la identidad y la integridad del pago tienen excepciones. Cuando se presenta tal situación, la cláusula penal debe disminuirse proporcionalmente al pago efectuado. Es que si su función es la de resarcir daños y castigar el incumplimiento, ante la existencia de un pago, aunque irregular, el principio de enriquecimiento sin causa impone una adecuación (en el caso, disminución) de la cláusula penal, pues en parte el acreedor se ha visto beneficiado con el cumplimiento obrado por el deudor (conf. Ossola, op. cit., ídem, pág. 244). Sin embargo en la especie, la propia demandada aduce haber cumplido con casi el 50% del monto adeudado (ver fs. 157 vta., 4to. párrafo), con lo cual admite que le restaba saldar más del 50%, por lo que la cláusula penal acordada del 35% del precio total no aparece ni excesiva ni desproporcionada. A ello debe añadirse, y sin perjuicio del agravio del coactor que se tratará a continuación, que en el decisorio se ordenó la restitución a la demandada del monto abonado por ella para ser compensado con la suma que la misma debe oblar en concepto de cláusula penal (ver sentencia a fs. 113, dos últimos párrafos/vta., 1er. párrafo).----------

----A la luz de todo lo vertido en este considerando propongo el rechazo de este segundo agravio de la accionada.----------

----4) El coactor V. se agravia por cuanto considera que en la sentencia se infringió el principio de congruencia, dado que se ordena cotejar el monto resultante de la cláusula penal con los pagos realizados por la demandada y según resulte el saldo corresponderá que la parte que deviniere deudora integre el mismo en la etapa de ejecución de sentencia. Como se dijo en los resultandos cita extensamente el razonamiento de la juzgadora por el cual se consideró válida la cláusula séptima donde se acordó la cláusula penal, y dado que se concluyó en el incumplimiento de la demandada, entiende incongruente que se ordene el cotejo arriba señalado. Se refiere al principio de congruencia, destacando que la contraria jamás solicitó la devolución de los pagos que efectuara, de allí la incongruencia que resalta y la improcedencia del cotejo que se mandara a efectuar en el decisorio (ver fs. 143/147). ----------

----Sobre la materia que se ataca en el agravio, la sentenciante, luego de argumentar en el considerando C acerca de la validez de la cláusula penal pactada (ver sentencia a fs. 109 vta./112 vta.), calculó el monto total abonado por la demandada compradora (ver sentencia a fs. 112 vta., considerando D) y seguidamente razonó *“Ahora, atento la ineficacia que deriva de la resolución contractual operada en autos, debiendo restituirse recíprocamente las partes las prestaciones efectuadas (sin perjuicio de los daños y perjuicios padecidos por los vendedores, estimados a través de la cláusula penal) debemos averiguar si efectivamente la demandada ha abonado a la accionada* -existe un

error de pluma- *el monto correspondiente al 35% del precio total pactado en pesos ($ 1.418.000), si existe un saldo a favor de la actora, o si en definitiva, descontada la cláusula penal pactada los actores eventualmente deben restituir suma alguna en favor de la accionada -por contar aquélla con un saldo a su favor-* (ver sentencia a fs. 112 vta., último párrafo/113, 1er. párrafo).----------

----De lo anterior se colige que la jueza ha explicitado el motivo por el cual ordenó el cotejo de montos que la actora objeta en su agravio, el cual radica en la consecuencia propia de la resolución contractual que ejercieron los coactores (ver carta documento de fs. 11), esto es, en la restitución mutua de lo entregado en virtud del contrato por cada parte. Es de considerar que se ha sostenido que ha de cuidarse celosamente que las resoluciones judiciales se adecuen al postulado de congruencia, lo que impone lograr que medie conformidad entre el contenido de aquéllas y el objeto de las peticiones pretensiones y oposiciones- que delimitan el *thema decidendum.* La comparación entre lo reclamado y lo decidido, debe guardar una estricta correspondencia. Cuando la resolución se aparta de la materia que fijaron las partes, se menoscaba el aludido requisito. Es que sobre el particular gravita el señorío de los justiciables, quienes en virtud del principio dispositivo que impera en este sector del proceso, vinculan al órgano jurisdiccional. No obstante que la congruencia se proyecta desde un triple punto de vista, hacia los sujetos, el objeto y la causa del proceso, el fenómeno adquiere mayor relevancia tratándose del objeto y la causa del mismo. En efecto, normalmente, las sentencias comprenden a quienes han revestido la calidad de partes y difícilmente se incurre en violación de este aspecto. En cambio, tratándose de la causa y especialmente del objeto, son mucho más frecuentes los vicios que suelen afectar a las resoluciones judiciales. Así suele suceder, desde este último punto de vista, que los pronunciamientos omiten decidir alguna cuestión esencial introducida por las partes *-ne eat iudex citra petita partium-,* configurándose esa situación no sólo en las sentencias de primera instancia, sino también en las de la Alzada. En otro orden de cosas, se viola el principio en tratamiento cuando el pronunciamiento excede el marco litigioso, otorgando o negando más de lo peticionado por las partes *-ne eat iudex ultra petita partium-*, como puede configurarse entre otros casos cuando se viola la prohibición de la *reformatio in peius,* o bien, cuando se pronuncia sobre materia ajena al *thema decidendum,* resolviendo cuestiones distintas a las introducidas por las partes *-ne eat iudex petita partium-.* Los tres supuestos, que se fundan, en definitiva, en la inobservancia del requisito de congruencia, constituyen motivo para descalificar los pronunciamientos que lo violan, desde la perspectiva que ofrece la sentencia arbitraria. Tal realidad exige de los órganos judiciales cuidar rigurosamente la aplicación de este recaudo, tan necesario para asegurar la eficacia del servicio de Administración de Justicia (conf. Morello-Sosa-Berizonce: “Códigos Procesales…”, L. E. P. S.R.L. – Abeledo-Perrot, 1982, T° I, págs. 116/118).----------

----Ahora bien, la quejosa aduce que la demandada jamás reclamó la devolución de lo

abonado por ella, y ello es cierto (ver contestación de fs. 32/33). Sin embargo, habiéndose concluido en el incumplimiento de la accionada y, por ende, en la procedencia de la resolución contractual ejercida por los coactores, la restitución se imponía sin necesidad de petición alguna, en virtud de la aplicación del derecho, del principio *iura novit curia.* Es que en cuanto a los efectos de la resolución del contrato, durante la vigencia del anterior código se ha entendido que debe tenerse presente que son idénticos en el pacto expreso y en el implícito: las obligaciones se extinguen -en general- con carácter retroactivo, es decir que los efectos se producen *ex tunc,* volviendo las cosas al estado en que se hallaban antes de la celebración. La resolución del contrato, al igual, que la nulidad pronunciada por los jueces, vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado (art. 1050 del C. Civil), con la obligación de restituirse mutuamente las partes lo que han recibido (art. 1052) (conf. Belluscio-Zannoni: "Código Civil Comentado", Ed. Astrea, 1984, T° 5, págs. 993/994). En el mismo sentido cabe expresar que la norma del art. 1204 del C. Civil, producto de la reforma de la ley 17711, ratifica el efecto *ex tunc* de la extinción, su alcance retroactivo, con la salvedad de los contratos de larga duración o de tracto sucesivo, como una locación de inmueble, en la cual se deja de pagar el precio, posibilita la resolución -denominada, en ese supuesto, "desalojo"-; empero, los efectos ya cumplidos -el uso y goce que el locatario ha aprovechado, o el precio que el locador ha percibido- quedan firmes (conf. Mosset Iturraspe, en Bueres-Highton : « Código Civil Comentado », Ed. Hammurabi, 1999, Tº 3 C, págs. 65/66). Es que la resolución opera, en principio, retroactivamente. Ésta es la regla atento a que el art. 543 del C. Civil establece que *"cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo";* el art. 2669 dispone que *"la revocación del dominio tendrá siempre efecto retroactivo al día en que se adquirió, si no hubiere en la ley o en los actos jurídicos que la establecieron, disposición expresa en contrario",* y el art. 2672 presupone la retroactividad de la resolución (conf. Ibáñez, Carlos Miguel: "Resolución por incumplimiento", Ed. Astrea, 2003, pág. 293). De allí que, entre las partes, la resolución del contrato tiene, entre otros efectos, uno recuperatorio, que obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que cada una de ellas hubiera recibido de la otra. La resolución por el incumplimiento, en lo no pactado ni regulado legalmente, se rige por la normativa de la condición resolutoria. De allí que las partes deberán restituirse lo mutuamente recibido, siempre que no se dé la hipótesis de los límites de la retroacción examinados. La obligación de restituir que provoca la resolución con efectos retroactivos reposa en que se aplica el régimen de la condición resolutoria, y el art. 555 del C. Civil preceptúa que *"deberá restituirse lo que se hubiese recibido a virtud de la obligación"* (conf. Ibáñez, op. cit., págs. 289 y 300/301).----------

----El principio de restitución ha sido receptado, como no podía ocurrir de otra manera, en el Código Civil y Comercial. Así el art. 1080 dispone: *"Si el contrato es extinguido total o parcialmente por rescisión unilateral, por revocación o por resolución, las partes deben*

restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir, y a lo previsto en el artículo siguiente". Por su parte el art. 1081 establece: *"Si se trata de la extinción de un contrato bilateral: a) la restitución debe ser recíproca y simultánea; b) las prestaciones cumplidas quedan firmes y producen sus efectos en cuanto resulten equivalentes, si son divisibles y han sido recibidas sin reserva respecto del efecto cancelatorio de la obligación; c) para estimar el valor de las restituciones del acreedor se toman en cuenta las ventajas que resulten o puedan resultar de no haber efectuado la propia prestación, su utilidad frustrada y, en su caso, otros daños".*----------

----Se ha dicho que estas normas se ocupan de los alcance de la restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes, más allá de que el tema cobra particular importancia en ocasión de la resolución, especialmente la derivada de las cláusulas resolutorias implícita y expresa. Sobre estas últimas, aunque se parte de la regla de la retroactividad, se explicitan los supuestos en los cuales la misma cede. Con motivo de los efectos restitutorios, se avanza fundamentalmente sobre el contenido de la pretensión resarcitoria en la resolución por incumplimiento. La resolución tiene retroactividad, implicancia que en ocasiones puede ceder. Así ocurre en los contratos bilaterales, siempre que se den ciertos presupuestos. En tal sentido, el inc. b del art. 1081 dispone tal supuesto. Se explicita así una solución sobre la cual existía consenso en nuestra doctrina, pese a la oscuridad del régimen anterior. Queda claro ahora que las prestaciones ejecutadas en el marco de un contrato bilateral serán entendidas definitivas si se trata de: a) contratos de ejecución continuada o periódica, en los cuales al momento de la extinción "…se hubiesen cumplido recíprocamente prestaciones correlativas que se encuentran consumidas a ese momento"; b) contratos de ejecución única, si pese a que el contrato debía ejecutarse de modo íntegro, el acreedor recibió pagos parciales sin reserva; allí, lo cumplido no quedará afectada por la extinción, si concierne también a prestaciones divisibles y equivalentes. La divisibilidad supone cumplimiento parcial y consentimiento de la prestación recíproca (conf. Hernández, en Lorenzetti (Director), op. cit., ídem, págs. 182/183).----------

----Es claro que la excepción a la retroactividad en la restitución de lo entregado en virtud del contrato, se refiere a contratos de ejecución continuada o periódica y respecto de prestaciones que sean equivalentes y correlativas. No es el caso de autos, en el cual la demandada debe restituir el inmueble y los actores los pagos parciales recibidos, ya que no hay equivalencia ni correlación entre el valor total del bien y tales pagos dado que son parciales. El ejemplo típico de excepción a la retroactividad en la restitución es el contrato de locación que genera prestaciones periódicas y continuadas y cuyos pagos de los cánones mensuales equivalen al uso y goce que ejerce el locatario también en cada período mensual. Lo mismo cabría expresar respecto del contrato de seguro. Por lo demás he de agregar que, en la especie, si el coactor apelante entiende lo que no

explicita- que dichos pagos parciales debían quedar en su patrimonio a modo de resarcimiento, ello resultaría inconsistente con la cláusula penal pactada que cumple dicha finalidad.----------

----Es de remarcar que el argumento sobre el cual se finca el agravio radica en que la demandada no requirió la devolución de lo abonado, y es en base a ello que objeta el "cotejo" de sumas a restituirse, lo que implica una compensación, tal como lo determinó la juzgadora. Sin embargo, ya he explicado que por los efectos propios de la resolución contractual ejercida por los actores, dicha devolución se impone sin necesidad de petición de las partes. Y el referido cotejo o compensación que efectúa la sentenciante resulta de dicha restitución recíproca, honrando así el principio de economía procesal. Al respecto reitero que la actora apelante no cuestiona el cotejo o compensación en sí, sino que lo considera improcedente por cuanto la demandada no solicitó la restitución de lo pagado por ella. Cuestiona esto último aduciendo que la contraria fue la parte incumplidora, mas ello no empece a la restitución mutua que se produce como consecuencia de la resolución contractual. Es más, en la demanda se admite expresamente que la resolución del contrato hace que las partes deban volver a la situación que tenían antes de contratar entre sí (ver fs. 15, 3er. párrafo). Y por último he de destacar que en el agravio no se objetan los cálculos ni los cómputos de intereses efectuados por la jueza en la sentencia a los efectos de establecer los montos a compensar entre las partes (ver sentencia a fs. 113), por lo que tampoco es factible, en los límites de la queja, alterar o modificar dichos montos.----------

----En síntesis, por los motivos expuestos es que propongo la desestimación del agravio del coactor V..----------

----III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de agravio. ----------

----En virtud del principio objetivo de la derrota, las costas se imponen a los apelantes vencidos, quienes deberán hacerse cargo de los honorarios de sus respectivos letrados, dado que ambas partes apelaron (conf. art. 69 del rito). Postulo asimismo regular los honorarios en esta sede, atendiendo a la regulación efectuada en la primera instancia, y a la extensión y eficacia de las tareas, así como al resultado obtenido, a los Dres. B. N. A. y A. L. F., letrados patrocinantes del coactor V., en conjunto, en un 4,50%; y los del Dr. D. L. T., letrado patrocinante de la demandada, en un 2,25%; en ambos casos sobre el monto del proceso a determinar en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA pertinente (conf. arts. 5, 9, 13, 46 y concs. de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871). --

----Voto entonces a esta cuestión POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo: ----------

----Han planteado recursos de apelación en contra de la sentencia definitiva obrante a fs. 107/114 el co-actor, Sr. J. O. V., a fs. 118; y, la parte demandada, a fs. 120.----------

----La sentencia apelada hace lugar a la demanda interpuesta por el Sr. J. O. V. y la Sra. Z. H. O. en contra de la Sra. A. N. R., condenando a esta última a restituir el inmueble individualizado como unidad funcional X, construida sobre el lote X, del macizo X, chacra X del Barrio Juan Manuel de Rosas de la ciudad de Trelew, en el plazo de 30 días de notificado el decisorio. Asimismo, condena a la demandada al pago de la cláusula penal contemplada en el punto séptimo del boleto de compraventa, siempre y cuando reste un saldo pendiente, de acuerdo con lo establecido en el respectivo considerando. Todo ello con costas a cargo de la demandada. ----------

----El escrito de expresión de agravios de la parte demandada luce agregado a fs. 153/158. Y, la expresión de agravios del co-actor recurrente, a fs. 143/147.----------

----Ordenados los pertinentes traslados a la parte contraria por providencias de fs. 152 y 164; éstos fueron evacuados por presentaciones obrantes a fs. 162/163 y 165/169, respectivamente.----------

----I.- La reseña de los agravios formulados por los apelantes ha sido realizada con suficiencia y claridad por el magistrado que me precede en la votación, Dr. De Cunto, por lo que a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones innecesarias. ----------

----Sin embargo, resulta útil identificar sintéticamente cuáles han sido los motivos de cuestionamiento a efectos de ordenar y dar una adecuada guía al examen por emprender. Estos son los siguientes, a saber: ----------

----A) Agravios de la parte demandada: 1) **imprevisión**: Previa cita doctrinal indica que como se hizo al contestar la demanda solicita se aplique el art. 1091 del Código Civil y Comercial a fin de readecuar las prestaciones a cargo de su parte. Alude que la devaluación ocurrida desde la celebración del contrato hasta la rescisión ha sido excesivamente onerosa por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración. Indica que el instituto de la imprevisión no prevé un plazo para su invocación contemplándose expresamente la posibilidad de invocarlo como excepción. Sostiene que la alteración de los presupuestos contractuales tenidos en miras por las partes al contratar a la cual alude la sentenciante ocurrió en el supuesto de autos por la devaluación no prevista. Sostiene que dicha devaluación es de público y notorio siendo conocida por la sentenciante y por toda la comunidad. Precisa que, desde el comienzo del contrato hasta su finalización, no más de dos años, un 150% (15.35 a 38,40) de aumento sufrió el dólar con relación al peso frente a una inflación que no superaba el 100%. 2) **morigeración de la cláusula penal:** sostiene que aplicar la cláusula penal tal como fue pactada resulta desproporcionada con un incumplimiento motivado en el excesivo valor del dólar estadounidense que le impidió a su parte cumplir con las obligaciones a su cargo. Denuncia que configura un exceso al recibir el acreedor el inmueble que fuera el objeto del contrato de compra y venta resuelto, con más un 35% en dólares. Es por lo que solicita subsidiariamente que se morigere la cláusula penal atendiendo que su parte cumplió casi con el 50% del monto adeudado. ----------

----B) Agravios del co-actor Sr. J. O. V.:3) **incongruencia**: Postula que la sentenciante al resolver se apartó de sus fundamentos y de las pretensiones y solicitudes expuestas tanto por su parte como por la demandada, quien jamás solicitó la devolución de suma alguna. Cuestiona el considerando que ordena llevar a cabo una liquidación y cotejarla con los pagos parciales a fin de determinar si existe algún saldo a favor de alguna de las partes en cuyo caso deberían abonárselo a la contraria acreedora de la diferencia. Insiste en que tal cotejo y eventual posterior devolución no fue pretendida ni por su parte ni por la demandada. Pone de resalto que la cláusula penal compensatoria convenida en la cláusula séptima fue ratificada en su validez y aplicación por la Sra. Juez a quo, resaltando su finalidad resarcitoria y compensatoria ante el incumplimiento de la deudora, pero, sin embargo, continúa diciendo, se establece un mecanismo de cálculo que califica de incongruente, beneficiando a la deudora con su conducta morosa quien no resarciría a su parte luego de casi 4 años desde la venta y ocupación del inmueble en cuestión. Finaliza diciendo que resulta inadmisible que su parte tuviera que retribuir pagos a la demandada llegado el caso de que la liquidación así lo refleje. Efectúa numerosas citas de doctrina y jurisprudencia relativas al principio de congruencia a cuya lectura remito. ----------

----II.- En los límites provistos por el contenido de los agravios que sintéticamente se han reproducido, ingresaré a su tratamiento examinando primero los planteados por la parte demandada (el relativo al instituto de la imprevisión y a la morigeración de la cláusula penal); y, luego, al planteado por la parte actora en cuanto denuncia incongruencia en la decisión. Ello así, toda vez que este orden en el tratamiento de los agravios responde a la cronología lógica que se impone atender, toda vez que, de prosperar el primero de los planteados por la parte demandada, no sería necesario siquiera- examinar el relativo a la cláusula penal y el vinculado a la denuncia de incongruencia del fallo que plantearan la parte demandada y la actora respectivamente. ----------

----A) - 1) **De la imprevisión:** Desde el inicio del presente análisis encuentro ineludible advertir primariamente una circunstancia relevante que puede ser verificada con la lectura del escrito de contestación a la demanda. Esta es, que resulta novedosa la invocación del instituto de la imprevisión contemplado en el art. 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ello así, desde que recién al momento de intentar sostener el recurso impetrado en contra del fallo que le fuera adverso, la parte demandada alude al mismo al intentar dar sustento a su impugnación. ----------

----Ello lo digo, más allá que la Sra. R. en su contestación concretara su pretensión defensiva, consistente en que se revise el contrato suscripto con los actores con fundamento en la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación a su cargo con motivo de la devaluación del peso frente al dólar, aunque coronando tal aserción con la exclusiva referencia a la imposibilidad de cumplir -sin siquiera discernir si tal denunciada imposibilidad era definitiva o temporaria-. Es más, en el punto V de su contestación

refiere a la carta documento remitida por su parte a los actores, en la cual sostuviera que no existió incumplimiento, sino *"...una imposibilidad objetiva de cumplir con la obligación de pago motivada en la fulminante devaluación del peso argentino (art. 956 del Código Civil).*" (Sic) (Ver: escrito de contestación a la demanda, fs. 32 vta.).----------

----Ante ello, no encuentro que se pueda compartir la tesitura expuesta por el magistrado que me precede en la votación, Dr. De Cunto, en cuanto entiende que el pretendido agravio bajo examen cumpliría mínimamente con la suficiencia exigida para ser examinado.----------

----Es que bastará con observar que mal podría hacerlo cuando la juzgadora de la anterior instancia no pudo -ni debió- expedirse sobre tal cuestión -por cuanto, lo recalco, la imprevisión recién fue planteada novedosamente en esta segunda instancia-. Ello, toda vez que básicamente dicho planteo no integró la materia de la Litis sobre la cual debía pronunciarse (Conf.: arts. 34, inc. 4º, 165, inc. 6º y concordantes del C.P.C.C.).----

----De manera tal que, lo dirimente es que con total corrección la sentenciante se atuvo, en lo principal de su desarrollo argumental, a lo que expusiera con referencia a la denunciada imposibilidad de cumplimiento que planteara la demandada -ahora recurrente-, sin aludir estrictamente al instituto de la imprevisión -toda vez que reitero no fue planteado ni, por ende, discutido dicho instituto de la imprevisión por las partes-.Por lo cual, mal pudo haber formulado la apelante un verdadero agravio sobre este tópico. -

----En tal sentido es dado recordar que uno de los límites que debe respetar la alzada se encuentra establecido en las cuestiones de hecho y derecho que hubieran sido sometidas a la decisión del juez de primera instancia; y, además, que las resueltas, hubiesen sido materia de agravios. Tales presupuestos, que son aquellos que habilitan al conocimiento del tribunal revisor, deben concurrir conjuntamente y, en la especie, por lo antes dicho se encuentran ausentes, el primero, porque como se dijo no fue materia tratada en la decisión emitida en el anterior grado, y el segundo, por cuanto no puede formularse agravio sobre aspectos que no integraron el tema o cuestión a decidir (Conf. Arts. 268, 274 y 280 del C.P.C.C.). ----------

----El primero de los limites indicados, relativo a que "el tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia", se establece en los citados artículos 274 y 280 del Código del rito, aunque reconoce excepciones que se encuentran específicamente establecidas en el primero de los citados artículos, es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, cual, como se viene exponiendo no configura un nuevo juicio en el que, como tal, sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueron objeto de debate en la instancia precedente. -

----Por lo tanto, el tribunal de alzada -siempre dentro de los límites del recurso interpuesto- sólo puede emitir pronunciamiento con respecto a aquellas cuestiones involucradas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado. De lo dicho se deriva que el ámbito de conocimiento de los tribunales de alzada se encuentra en primer

lugar limitado por el contenido de las cuestiones propuestas a la decisión del juez a quo y no por los resuelto por éste en su sentencia. El régimen de segunda instancia solo requiere que existan dos sentencias que examinen las cuestiones propuestas en las oportunidades procesales correspondientes, pero no exige que tales cuestiones sean sometidas a un doble examen (Conf.: Palacios, Lino E., en “Derecho Procesal Civil”, Ed. LexisNexis, 2ª ed., año 2005, T. V, pág. 432 y s.s., Nº 667). ----------

----En todo caso, no se trata de un agravio -al menos el que se encuentra bajo examen, que no cumpliría mínimamente con la carga técnica exigida para sostener el recurso sino, más bien, de un dicente agravio que se encuentra “en el vacío” o sin que pueda contener materia crítica viable, merced a la ausencia del indispensable pronunciamiento contenido en el decisorio que pudiera ser susceptible de ser criticado. Lo dicho, toda vez que no resulta factible criticar aquello que no fue materia de previa discusión o controversia entre las partes; y, por ende, que, lógicamente, tampoco pudo integrar el contenido motivacional de la decisión que ahora se apela. ----------

----Esta es la concepción revisora que es propia del recurso de apelación a la cual se adscribe nuestro régimen procesal, en la medida que la apelación importa una revisión de lo decidido en la instancia precedente a la luz de los elementos de juicio introducidos en ella. Asimismo, en esta línea hermenéutica se ha dicho con criterio que comparto que el recurso de apelación no supone un nuevo enjuiciamiento, con su consiguiente acuerdo para introducir pretensiones y oposiciones novedosas. Se trata solamente de verificar el mérito de la primera decisión definitiva, o sea, el acierto o error con que ella se motiva (Conf.: Loutayf Ranea, Roberto, en “El Recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, 2ª ed., año 2009, T. 1, pág. 72 y s.s.; id., Palacio, Lino E., en “Derecho Procesal Civil”, Ed. LexisNexis, 2ª ed., año 2005, T. V, pág. 73 y s.s., y también, ver Nº 667, pág. 432 ; ídem, Gozaíni, “El principio de congruencia y los límites de la alzada”, en E.D., 162-193). ----------

----Insisto, atento a las normas ya citadas (en especial las contendidas en los arts. 274 y 280 del Código del rito), en el pronunciamiento a emitir de este cuerpo revisor solo pueden ser “revisadas” las cuestiones de hecho y derecho que previamente hayan sido sometidas a la decisión del juez de primera instancia y, a partir de tal indispensable presupuesto, que, además, hubiesen sido materia de agravio. De tales disposiciones legales surge una doble limitación, a saber: 1) esta alzada sólo puede fallar sobre capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia; y, 2) sobre cuestiones que hayan sido materia de agravios (Conf.: Hitters, J. Carlos, en “Técnica de los recursos ordinarios”, Ed. Platense, año 1988, pág. 387 y s.s.; id., Quadri Gabriel H- Rosales Cuello Ramiro- Sosa Toribio E, en “Tratado de los recursos”, Ed. Astrea, ed. año 2019, T. 1, pág. 143 & 56; ídem, Tessone Alberto J., en “Recurso de apelación y queja o directo en la República Argentina”, Ed. Platense, ed., año 2017, pág. 230 y s.s.). ----------

----En suma, pues, obligado me encuentro en plantear mi voto disidente con la propuesta

de tratamiento que fuera realizada por el colega que me precede en la votación; y, en cambio, propicio al acuerdo que, lisa y llanamente, se tenga por desierto el recurso en esta porción analizada. Así lo voto.----------

----A) – 2) **Morigeración de la cláusula penal:** Nuevamente se presenta desde el inicio, y a la primera vista de este agravio anunciado en el epígrafe, la ausencia de un oportuno planteo morigeratorio de la cláusula penal al tiempo de producirse la traba de la Litis. ---

----En tal sentido corresponde rememorar textualmente qué fue aquello que se planteó al contestar la demanda con relación a la cláusula penal. Se expresó literalmente y como toda referencia al tópico lo siguiente, a saber: *"Subsidiariamente para el improbable supuesto que no se logre acordar entre las partes una modificación en el contrato objeto del presente que lo ajuste a la realidad y permita su cumplimiento, en un marco de buena fe se solicita que se considere abusiva la cláusula SEPTIMA que impone un 35% del precio en concepto de compensación, aplicando por analogía las normas propias de una relación de consumo..."* (Sic)(Ver: escrito contestatario, punto IV, fs. 32 vta.).----------

----Como puede verificarse de la lectura de la porción transcripta, que vuelvo a apuntarlo es la única referencia defensiva relacionada a la cláusula penal pactada, la Sra. R. derechamente solicitó que se considere abusiva la cláusula séptima del contrato que la contempla no planteando ni tan siquiera sugiriéndolo o en subsidio, que se la morigere.-

----En tales términos la Sra. Juez a quo atendió a tal planteo defensivo concluyendo, por las razones que expusiera y que no fueron motivo de un concreto y razonado cuestionamiento, que la cláusula séptima del contrato de compraventa de fs. 14/15 resultaba válida (Ver: considerando de fs. 110 vta./112 vta.). ----------

----Nótese que sostener como lo hace aquí la recurrente que *"El aplicar la cláusula penal tal como fue pactada resulta desproporcionada con un incumplimiento motivado en el excesivo valor del dólar estadounidense que le impidió a esta parte cumplir con las obligaciones a su cargo (Art. 794 segundo párrafo del C.C. y C.) ...En el mismo sentido puede verse el Art. 798 del C.C. y C. cuando el deudor ha cumplido una parte de la obligación a su cargo corresponde que ello sea contemplado a la hora de disminuir la cláusula penal. Resulta ser una manda clara del legislador y aplicable al supuesto como el de autos donde se había cumplido casi el 50% del monto adeudado..."* (Sic) (Ver: 1º y 4º párrafo de fs. 157 vta., del escrito de expresión de agravios), también importa un rezagado intento de incorporar a la discusión de manera extemporánea, un tópico que no integro la materia litigiosa que la Sra. Juez a quo tuviera para expedirse en la anterior instancia.----------

----Lo señalado queda en evidencia o se corrobora cuando -de la misma manera-la demandada recurrente sostiene que "*...Subsidiariamente solicito se contemple la situación planteada revocando la sentencia de Primera instancia que rechazó la morigeración de la cláusula penal readecuándola cual vuestro criterio disponga..."*(Sic) (Ver: anteúltimo párrafo de fs. 157 vta. -expresión de agravios-). ----------

----Y digo así, puesto que basta con advertir que en puridad la sentenciante de grado nada dijo sobre la susodicha “morigeración”, merced a que no fue ella concretamente pedida ni controvertida, expidiéndose únicamente con relación al denunciado carácter abusivo que la cláusula pactada por las partes. ----------

----Obviamente no ha de omitirse que la regla es la conservación y estabilidad de la cláusula penal debido a ser el fruto de un acto voluntario. Dicha regla cede solo cuando existe una situación abusiva para lo cual deben evaluarse los parámetros subjetivos y objetivos que correctamente indicara y evaluara la Sra. Juez a quo, descartando que concurrieran en la especie sin merecer un mínimo ataque o cuestionamiento de parte de la recurrente. Y, asimismo, tampoco es dado en dudar que cuando el orden público se encuentre comprometido, los jueces deben intervenir de oficio reduciendo las cláusulas penales abusivas sea cual fuera la naturaleza del proceso (incluso, por ende, en el juicio ejecutivo), lo cual, entiendo, llevó a la juzgadora de la anterior instancia al desarrollo motivacional que efectuara para descartar el carácter abusivo de la cláusula penal de marras (Conf.: art. 794, 2º párrafo del C.C. y C.). ----------

----Es por ello por lo que la juzgadora del anterior grado, luego de transitar en su argumentación en los presupuestos que doctrinal y jurisprudencialmente se establecieran para evaluar la existencia de una cláusula penal abusiva, concluyó expresando lo siguiente, a saber: *“... En el caso de autos, se verifica que el último mes en el que cumplió la demandada las prestaciones a su cargo fue en agosto/2018,, decidiendo la resolución la accionante el día 27/12/2018 (transcurrieron 4 meses desde el primer incumplimiento hasta la decisión extintiva), que el hecho de que la frustración del contrato responde a un incumplimiento exclusivo de la demandada cercenando el derecho de los actores de usufructuar o disponer del inmueble desde el 06/10/2016 -al momento de pasar los presentes autos para sentencia no fue restituido el mismo- y por contrapartida poseyendo la accionada el inmueble desde entonces, es decir, ahorrándose los gastos derivados de alquilar un inmueble para vivienda. (...) Conforme lo antedicho,* ***tendré por válida la cláusula SÉPTIMA*** *estipulada en el boleto de compraventa de fs. 14/5...”* (Sic)(Ver: último párrafo de fs. 112 y primero de fs. 112 vta. de los considerandos de la sentencia de primera instancia). ----------

----Y, con respecto a dicho dirimente punto del análisis hago notar nuevamente que la demandada recurrente soslayó realizar cualquier tipo de consideración crítica, apontocándose exclusivamente en aludir a la devaluación de la moneda ocurrida en nuestro país en el período considerado. No huelga señalar que éste es un fenómeno de nuestra economía que, de manera invariable y cíclicamente, viene ocurriendo de ordinario desde hace décadas, dato fáctico éste que puede ser considerado como de público y notorio. Ahora bien, las penurias que genera en todos los habitantes del país esta anomalía abarcan a todo el quehacer económico y, por ende, a las relaciones contractuales en particular. A tenor de lo cual, por ello, se debe considerar como un

elemento absolutamente previsible a ponderar por los contratantes que pacten y contraigan obligaciones en dólares estadounidenses. Esto es, la factibilidad de que se devalúe la moneda de curso legal en nuestro país, encontrándose el deudor obligado en tal moneda supeditado a la asunción "previsible" de tal riesgo contractual que voluntariamente afronta al tiempo de contratar. ----------

----En suma, estimo que también corresponde tener por desierto en esta porción examinada al recurso de apelación planteado por la parte demandada y así lo dejo propuesto al acuerdo que se declare. ----------

----B).-; 3) **incongruencia:** Se denuncia que el fallo resulta incongruente en cuanto se sostiene que la demandada jamás solicitó la devolución de suma alguna. En punto a ello cuestiona el considerando que ordena llevar a cabo una liquidación y cotejarla con los pagos parciales a fin de determinar si existe algún saldo a favor de alguna de las partes en cuyo caso deberían abonárselo a la contraria acreedora de la diferencia. Insiste en que tal cotejo y eventual posterior devolución no fue pretendida ni por su parte ni por la demandada.----------

----Efectivamente el agravio va dirigido a la porción del razonamiento efectuado por la juzgadora de grado, quien determinó el quantum de la cláusula penal, para lo cual definió cuál era la base para su cálculo (estimó para ello que el precio total del contrato es la suma de $ 1.480.000), para luego indicar que *"...atento la ineficacia que deriva de la resolución contractual operada en autos, debiendo restituirse recíprocamente las partes las prestaciones efectuadas ...debemos averiguar si efectivamente la demandada ha abonado a la accionada el monto correspondiente al 35% del precio total pactado en pesos ($ 1.418.000), si existe un saldo a favor de la actora, o si en definitiva, descontada la cláusula penal pactada los actores eventualmente deben restituir suma alguna en favor de la accionada -por contar aquella con un saldo a su favor-..."* (Sic)(Ver: considerando de fs. 112 vta. "in fine" y 113). ----------

----De inmediato la judicante de la anterior instancia derechamente pasó a realizar los cálculos matemáticos respectivos para verificar los importes pagados, tanto en pesos como en dólares por la demandada (convertidos a pesos según tipo de cambio que indica- fuera pactado en la cláusula segunda del contrato), para determinar en moneda de curso legal cuál fue el importe abonado y a restituir a la compradora demandada. De tales cálculos concluye diciendo: *"Realizada dicha conversión del monto abonado a pesos argentinos, sumado a los montos abonados en la cláusula segunda, apartados a y b, a demandada ha abonado la suma total de $ 805.537."* (Sic)(Ver: párrafo 3º del considerando de fs. 113).----------

----Luego, establece que el importe que definiera en concepto de cláusula penal ($ 518.000) devengará intereses a partir de las 48 hs. de producida la resolución contractual que tiene por operada el 27/12/2018 (tomando la fecha de emisión de la comunicación postal de la decisión resolutoria justificando tal postura en no contar con constancia de

la fecha de su recepción). Es decir, establece que la fecha a partir de la cual corresponde calcular los intereses que indica es el 29/12/2018. ----------

----De continuo expresa lo siguiente, a saber: *"...A tal fin, en la etapa de ejecución de la sentencia, deberá indicarse en la liquidación que corresponda el monto total (capital con más los intereses correspondientes) el que deberá ser cotejado con la suma abonada por la demandada Sra. R. ($805.537). (...) Es decir, en caso de ser el monto que arroje la liquidación inferior a la suma de $ 805.537.-, deberán los actores restituir el saldo correspondiente, y en caso contrario, deberá integrar la parte demandada la diferencia, en cualquier caso, la parte obligada deberá efectuar el pago dentro del plazo de 10 días de notificada la resolución que apruebe el cálculo."* (Sic)(Ver: considerando de fs. 113 "in fine" y vta.).----------

----La reseña que se viene de realizar, con transcripciones parciales de esta porción de lo argumentado y decidido por la Sra. Juez a quo en el considerando titulado como "C.", tiene como fin principal poner en la palestra que lo que decidido por la juzgadora fue ordenar la compensación entre el importe percibido por la parte vendedora -actora en autos-, por la obligación a restituir con motivo del efecto retroactivo que es propio del medio extintivo resolución del contrato (Arts. 1080 y 1081 del C.C. y C.), y el monto de la cláusula penal indicado, con sus intereses individualizados a calcular en la etapa de ejecución de la sentencia. ----------

----Y, en este particular aspecto de lo decidido, tengo para mí, que le asiste total razón a la parte actora impugnante en cuanto denuncia que en tal porción la sentencia a incurrido en incongruencia en tanto se expide sobre una cuestión que no fue planteada por ninguna de las partes de autos. ----------

----En este particular punto bajo examen estimo relevante señalar que, si bien resulta incuestionable el nacimiento de pleno derecho de la obligación a restituir que pesa sobre los contratantes, la que es reciproca y simultánea -toda vez que es un efecto derivado de la extinción del contrato bilateral resuelto-, conforme lo establece los arts. 1080 y 1081 del Código sustantivo, ello no puede ser confundido con la posibilidad de disponer de oficio la compensación de los créditos derivados de dicha obligación mutua a restituir sumas de dinero percibidas y derivadas de la cláusula penal convenida. ----------

----Es aquí donde nuevamente me encuentro impuesto a disentir con mi colega de sala, Dr. De Cunto. Y con tal posición disidente adelanto que no soslayo lo práctico que pueda resultar expedirse de oficio sobre la compensación como lo hiciera la señora juez a quo, con la finalidad de evitar que deba iniciarse -eventualmente- otro proceso de no lograr ponerse de acuerdo las partes sobre los importes abonados y a restituir con motivo del efecto retroactivo de la resolución del contrato y el derivado de la cláusula penal. Empero, no puedo dejar de observar que precisamente tal potencial controversia sobre los importes correspondientes a la obligación a restituir los montos percibidos (en pesos y en dólares) y a la cláusula penal -que también puede discutirse sobre qué base

económica ha de calcularse y si corresponde que devengue intereses y desde que fecha, es la que se esteriliza con la oficiosa decisión adoptada vedando el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio con potencial afectación al derecho de propiedad de las partes. ----------

----Asimismo, de modo alguno se omite considerar los fundamentos y funciones que se le atribuyen a la compensación en cuanto, por un lado, simplifica las operaciones y evita un doble pago, reduciéndolo a uno solo cuando las deudas son de distinta cuantía y, por otro lado, evita que el deudor más presto en pagar corra el riesgo de no cobrar lo que se le debía después de haber satisfecho él su deuda (función de garantía) (Conf.: Calvo Costa, Carlos A., en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2015, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, T. V, pág. 450, nº III.2; id., Boffi Roggero, en “Tratado de las obligaciones”, Ed. Astrea, año 1977, T. 4, pág. 356, & 1553; ídem, López Mesa, Marcelo, en “Derecho de las obligaciones”, Ed. IB de F, año 2015, T. II, pág. 897/898, punto 1.2). ----------

----Sin embargo, repito, cualquiera sea la especie de compensación de la que se trate legal, convencional, facultativa o judicial- (Conf.: art. 922 C.C. y C.), siempre ésta debe ser alegada por la parte interesada. Esto es, dicho de otro modo, la compensación nunca podrá ser declarada de oficio.----------

----Así, por caso, en el supuesto de compensación legal, que es aquella que se produce por la sola fuerza de la ley y de pleno derecho, cuando se configuran los requisitos que la ley exige a tal fin; se prescinde de la voluntad de las partes, aunque -igualmente- no puede ser declarada de oficio y debe ser alegada por la parte interesada. Lo mismo sucede con la compensación judicial, la cual procederá cuando alegada por la parte interesada el juzgador la determine declarando tal pretensión procedente (Conf.: art. 924 (Conf.: Pizarro-Vallespinos, en “Tratado de Obligaciones”, Ed. Rubinzal Culzoni, ed., año 2017, T. III, pág. 444, nº 2387, & 653; y, pág. 485, nº 2428.2; id., López Mesa, op. cit., pág. 899 y s.s.; ídem, Ossola, Federico, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, dirigido por Alberto J. Bueres, T. 3-B, pág. 435, & 3 y & 4, y cita de Llambías, nota 4; ibídem, Calvo Costa, Carlos A., en, op. cit., comentario al art. 924, pág. 459 y s.s.).----------

----Solo apuntaré con relación a la obligación a restituir generada a partir de la resolución contractual decidida por la parte actora extrajudicialmente, que ésta nace de pleno derecho como una consecuencia propia de la retroactividad de la ineficacia que, como regla general, el art. 1079, inc. b) del C.C. y C., contempla respecto de las partes para el supuesto de resolución. Ahora, si las partes difieren sobre el valor de la restitución a cargo de la vendedora y de la cláusula penal, a cargo de la compradora del contrato, las partes del contrato resuelto deben tener la posibilidad de postular y controvertir sobre tales valores de suerte tal que, de tal manera, se respete el ejercicio pleno de su derecho de defensa con relación a los créditos mutuos, recíprocos y simultáneos en cuestión.

Esto es, complementado con el modo de cumplimiento que prevé inc. a) del art. 1081 del C.C. y C., se puede observar que, a fin de asegurar su cumplimiento por ambas partes la norma, con buen criterio, dispone que la restitución “debe ser recíproca y simultánea”. Con lo que cabe la plena aplicación, en su caso, de la figura de la “suspensión del cumplimiento” prevista por el art. 1031 del C.C. y C.----------

----En resumen, entiendo que por tales razones le asiste la razón a la parte actora recurrente, en cuanto denuncia que el pronunciamiento en esta porción analizada incurre en el vicio de incongruencia por expedirse “extra petita” (Conf.: arts. 34, inc. 4, 165, inc. 6º del C.P.C.C., por lo que propiciaré al acuerdo que se deje sin efecto la porción del fallo que manda a compensar el crédito derivado de la aplicación de la cláusula penal con los importes recibidos -en pesos y en dólares- por la parte vendedora actora en autos y que se deben restituirse a la compradora demandada en autos. Así lo voto.----------

----III.- Conclusión: ----------

----Por lo expuesto propongo al acuerdo la revocación parcial del fallo en cuanto manda “...abonar la cláusula penal estipulada en la cláusula séptima del boleto de compraventa de fs. 4/5, siempre un cuando reste un saldo pendiente, de conformidad a lo estipulado en los considerandos precedentes”; confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------

----Desde que la propuesta de resolución no altera las calidades de vendedor y de vencida que la parte actora y demandada presentan en la anterior instancia, mientras que los honorarios allí regulados lo fueron en alícuotas porcentuales que se ajustarán al monto del proceso que se determinará en la etapa de ejecución de la sentencia conforme lo previsto por el art. 22 de la Ley XIII Nº 4, no será menester practicar las adecuaciones previstas en el art. 282 del C.P.C.C. ----------

----Las costas de segunda instancia, atento que de los dos agravios planteados por la parte demandada no prospera ninguno y que el único que formulara la parte actora se admite, deberán ser impuestas en su totalidad a la parte demandada que devino en totalmente vencida en la alzada (Conf.: arts. 69 y 282 del C.P.C.C.). ----------

----Los honorarios profesionales por las tareas cumplidas en segunda instancia, apreciadas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado fijarlos del siguiente modo, a saber: al Dr. D. L. T., letrado patrocinante de la parte demandada, en la suma equivalente al 2,25%; y, a los Dres. B. N. A. y A. L. F., letrados patrocinantes de la parte actora, en conjunto, en la suma equivalente al 5,4%. Ambas alícuotas porcentuales a calcular sobre el monto del proceso que se determine en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. pertinente (Conf.: arts. 5, 23 y 46 de la Ley XIII Nº 4 y Leyes 23.349 y 23.871). ----------

----Finalizo el tratamiento de esta primera cuestión pronunciándome en ella PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A ESTA MISMA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo:----------

----1. Toca al suscripto dirimir la disidencia habida entre los colegas que me precedieron en la votación tanto respecto a los agravios planteados por la demandada referidos al instituto de la imprevisión y a la morigeración de la cláusula penal como a la queja del coactor V. referida a la afectación del principio de congruencia, remitiéndome por razones de economía procesal al relato de los hechos e individualización de los agravios que efectuaran.----------

----1. a.- En tal sentido, respecto al primer agravio de la demandada relativa al instituto de la imprevisión, el Dr. De Cunto, luego de indicar que la queja resulta rayana a la deserción ya que la accionada al contestar demanda no invocó expresamente la teoría de la imprevisión regulada en el art. 1091 del CCyC sino que aludió a la imposibilidad de cumplimiento objetiva prevista en los arts. 955 y 956 del CCyC, trata ambas cuestiones por haberse aludido al hecho de la devaluación del peso como algo imprevisto y haber sido examinado por la sentenciante bajo tales parámetros y, finalmente, se inclina por desestimar el agravio al considerar que en el caso de marras no existieron circunstancias que justifiquen la aplicación del instituto de la imprevisión. ----------

----Por su parte, el Dr. Lucero entiende que, al no haber integrado la materia de la litis el instituto de la imprevisión contemplado en el art. 1091 del CCyC ya que fue invocado por la recurrente recién al momento de intentar sostener el recurso que aquí se analiza, se encuentra vedado para este Tribunal de Alzada fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia y, por lo tanto, corresponde declarar la deserción del cuestionamiento. ----------

----Al respecto, coincido con el Dr. Lucero en que resulta novedosa la invocación del instituto de la imprevisión establecido en el art. 1091 del CCyC recién en esta instancia toda vez que en su escrito de contestación la demandada nada dijo respecto a tal instituto sino que sustentó su postura defensiva en la imposibilidad objetiva de cumplimiento del contrato invocando para ello el art. 956 del CCyC (ver contestación de demanda, p. III.-) “HECHOS”, fs. 32 y p. V.-) “DE LA CARTA DOCUMENTO”, fs. 32vta.). De tal manera, toda vez que de la lectura del escrito de contestación de demanda que obra a fs. 32/33 no surge que la cuestión relativa al instituto de la imprevisión contemplado en el art. 1091 fuera capítulo propuesto oportunamente a la decisión de la jueza de primera instancia, la prohibición impuesta en el art. 280 del C.P.C.C. (remisión del art. 73 de la Ley XIV N° 1) impide ingresar al análisis de esa queja.----------

----Es que, al modo en que se constituyó la relación procesal debe atenerse el juzgador tanto en primera instancia como en esta instancia revisora, ya que la primera limitación a que se encuentran sometidos los tribunales de Alzada viene dada por la relación procesal trabada en el grado inicial, cuyo respeto se ve impuesto por el principio de congruencia, que también rige en la instancia apelatoria (art. 34, inc. 4° del C.P.C.C.). ----

----En ejercicio de la jurisdicción plena que tiene el tribunal de alzada, tiene dos limitaciones que expresamente señala el art. 271 del Cód. Procesal de la Nación (art.

274 del C.P.C.C.): por un lado se encuentra limitado, siguiendo la terminología del citado artículo, por las pretensiones y oposiciones y las cuestiones de hecho y de derecho sometidas al juez de primera instancia; y por el otro, por lo que haya sido materia de agravio. Es decir, se tratan de limitaciones que se producen por la actitud de los propios litigantes. Si el tribunal de alzada no respeta tales limitaciones y se pronuncia más allá de lo permitido, la sentencia respectiva resulta incongruente y vulnera las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del derecho de propiedad. Señala Fassi que los poderes del tribunal de apelación tiene como límite máximo los capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia, salvo el surgimiento de cuestiones referentes a intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia. Como lo destaca Palacio, la regla general que consagra la norma (art. 280 del C.P.C.C.) es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, que no configura un nuevo juicio en el que sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueran objeto de debate en la instancia precedente (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Editorial Astrea, 1989, vol. 1, par. 29 y 60, págs. 76 y 165/166, respectivamente). De tal modo, el principio de congruencia impone al poder jurisdiccional de este Tribunal la limitación en virtud de la cual está vedado alterar los datos fácticos constitutivos de la pretensión. De donde se sigue que el fallo de la Cámara de Apelaciones adolecerá del vicio descalificador de incongruencia ... cuando el pronunciamiento, pese a respetar cuantitativa y cualitativamente el objeto de este acto procesal, comporte un exceso respecto de la pretensión u oposición formulada oportunamente. Por ello, la conformidad entre la sentencia -aun la de segundo grado- y la demanda y contestación, en cuanto a las personas, objeto y causa, es ineludible exigencia en cumplimiento de principios sustanciales del juicio, relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los poderes del juez. En cuanto se supera este marco de operatividad se produce el quebrantamiento del principio de congruencia. Dicho de otro modo, se lo infringe cuando el fallo recae sobre puntos no sometidos al juez de primera instancia, planteados recién en la expresión de agravios (Azpelicueta-Tessone, “La Alzada. Poderes y deberes”, L. E. P. S.R.L., 1993, págs. 163/164 y 176/177). Incluso, quedan fuera de la decisión del tribunal de alzada los temas extraños a los escritos de constitución del proceso, aunque se lo introdujere bajo la apariencia de meros argumentos de derecho (CNCiv., sala B, julio 2-975, E.D. 64-514; idem, sala F, junio 22-983, E.D. 105-357).----------

----En este último aspecto, el respeto del principio de congruencia ha sido objeto de reiterados pronunciamientos por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tiene dicho: “4°) Que, en efecto, esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de

su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301: 925; 304: 355, entre muchos otros). 5°) Que el carácter constitucional de dicho principio, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos: de ahí que lo esencial sea “que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias” (Fallos: 315: 106 y 329: 5903)” (CSJ 367/2014 (50 – B) /CS1 Recurso de hecho, “B., J. J. c/ C., J. M. y otros s/cumplimiento de contrato”, del 07/07/15).----------

----A ello agrego que la sentenciante, a pesar de haber hecho mención a la teoría de la imprevisión (ver sentencia, fs. 110, tercer párrafo), lo hizo únicamente a fin de dar sustento a la fundamentación por la cual rechazó la eximente de responsabilidad esgrimida por la accionada, esto es, la imposibilidad objetiva de cumplimiento conforme lo dispuesto en el art. 956 al que la propia demandada aludió, sin hacer mención a la causal de imprevisión establecida en el art. 1091, pues imposibilitada se encontraba de expedirse al respecto por no haber sido materia de la litis sobre la que debía pronunciarse. ----------

----En síntesis, ante la prohibición impuesta por el art. 280 del C.P.C.C. no corresponde ingresar al análisis de esta queja, por lo que coincido con el Dr. Lucero en que se declare la deserción parcial del recurso de la accionada en lo que respecta a esta porción que se analiza. ----------

----1. b.- En cuanto a la segunda queja de la demandada referida a la morigeración de la cláusula penal, el Dr. De Cunto luego de indicar que no fue requerida en la instancia de grado por lo que se trataría de un capítulo no propuesto y, por ende, inaudible en los términos del art. 280 del CPCC, ingresa a su análisis en base a lo dispuesto por el art. 794 del CCyC y culmina rechazándola por considerar que, al fundamentarse en el excesivo valor de la moneda extranjera –argumento que fuera desechado al analizar el agravio anterior– y toda vez que dicha cláusula penal no fue establecida en dólares como alude la recurrente sino en el 35% del precio pactado que fuera expresado en pesos, resulta equivocado tal planteo recursivo. Agregó que, en base a las propias afirmaciones de la demandada, tampoco se justificaba la aplicación de la disminución proporcional establecida en el art. 798 del CCyC ya que la mencionada cláusula no aparece ni excesiva ni desproporcionada. ----------

----Por su parte, el Dr. Lucero considera que corresponde declarar desierto el agravio por cuanto no fue peticionada dicha morigeración en la contestación de demanda y la recurrente no efectuó una crítica puntual de los argumentos esgrimidos por el sentenciante para tener por válida la cláusula penal sino que –a su entender– sustentó

la crítica exclusivamente en la devaluación de la moneda ocurrida en nuestro país en el período considerado. ----------

----En tal sentido, adelanto que concuerdo con la decisión del Dr. Lucero de declarar desierto igualmente este segundo agravio de la demandada apelante. ----------

----Es que, en principio –tal como fue advertido por ambos colegas prevotantes– no fue capítulo propuesto a la decisión del juez de primera instancia la mencionada morigeración de la cláusula penal ya que la demandada se limitó a solicitar en su contestación de demanda que se la considere abusiva (ver contestación de demanda, P. IV.-) “DE LA CLAUSULA.”, fs. 32vta., segundo párrafo), por lo que –bajo los mismos parámetros indicados al analizar la queja anterior– vedado se encontraría para este Tribunal de Alzada ingresar a su tratamiento en virtud de lo dispuesto por el art. 280 del CPCC. ----------

----Sin embargo, lo dirimente para declarar la deserción de la queja es que, en razón de lo establecido en el art. 794 del CCyC, la sentenciante examinó la validez de la susodicha cláusula penal, sin que dicho análisis haya merecido un ataque concreto y razonado de la recurrente. ----------

----Adviértase que las manifestaciones vertidas por la quejosa tienden a desarrollar un análisis en forma paralela a fin de considerar que la devaluación de la moneda frente al dólar estadounidense “configuraría un exceso al recibir el acreedor el inmueble en cuestión con más un 35% en dólares” (sic) y, subsidiariamente, solicitar una reducción equitativa de la cláusula que contemple la devaluación ocurrida (ver escrito ID 81993, fs. 156vta./158, primer párrafo), lo que evidencia que no atacó concretamente el razonamiento seguido por la sentenciante al concluir a fs. 112, último párrafo/ 112vta., segundo párrafo, que *“En el caso de autos, se verifica que el último mes en el que cumplió la demandada las prestaciones a su cargo fue en agosto/2018, decidiendo la resolución la accionante el día 27/12/2018 (transcurrieron 4 meses desde el primer incumplimiento hasta la decisión extintiva), que el hecho de que la frustración del contrato responde a un incumplimiento exclusivo de la demandada cercenando el derecho de los actores de usufructuar o disponer del inmueble desde el 06/10/2016 -al momento de pasar los presentes autos para sentencia no fue restituido el mismo- y por contrapartida poseyendo la accionada el inmueble desde entonces, es decir, ahorrándose los gastos derivados de alquilar un inmueble para vivienda. Conforme lo antedicho,* ***tendré por válida la cláusula SÉPTIMA*** *estipulada en el boleto de compraventa de fs. 14/5. Debiendo integrar en concepto de cláusula penal la accionada el monto convenido por las partes que se determinará en la etapa de ejecución de sentencia, conforme los parámetros que a continuación de estimarán”* .----------

----Ese fundamento resultó dirimente para dilucidar la cuestión y condujo al rechazo del reclamo referido a que se declare abusiva la cláusula penal.----------

----Nótese entonces que el actor apelante ensaya una argumentación referida

exclusivamente a la devaluación de la moneda local frente a la estadounidense que sólo denota su particular punto de vista al efectuar un análisis propio para arribar a una personal conclusión, sin hacerse cargo del razonamiento desarrollado en la sentencia recurrida que resultó esencial al concluir la sentenciante que la cláusula séptima resulta válida en base a las circunstancias que rodearon el incumplimiento de la accionada. ----
----Por lo tanto, en este aspecto no hay agravio que atender.----------
----En síntesis, si lo que ocurre es que se prescinde de la argumentación básica que respalda la sentencia, limitándose a insistir en su punto de vista, o si el recurrente no refuta las conclusiones del juez de grado, sino que desarrolla en forma paralela un análisis propio de la causa para arribar a una personal conclusión, distinta de la del fallo, sin detenerse a puntualizar la crítica del mismo, sino limitándose a manifestar su disidencia, corresponde declarar desierto el recurso interpuesto. En ausencia de fundamentos específicamente referidos a las consideraciones determinantes de la sentencia adversa a las pretensiones del recurrente, no hay agravio que atender en la alzada. Ya ha quedado puntualizado que para tener por satisfechos los fines legales de la expresión de agravios, deben concretarse punto por punto, los errores fundamentales que se atribuyen en la aplicación del derecho, o en su caso en la apreciación de los hechos y su prueba, bajo riesgo de que se tenga por consentida toda decisión no objetada (Morello, Sosa, y Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial…”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, págs. 371, 360 y 370, respectivamente y cita de fallos). La ley procesal requiere así, con la finalidad de mantener el debate en un plano intelectual antes que verbal, que la crítica dirigida a la sentencia sea concreta, lo cual significa que la parte debe seleccionar del discurso del magistrado aquel argumento que constituye estrictamente la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica (C.N.Com., sala “D”, abril 24-984, “P. e H., J. c. P. P. M. S.A.”, L.L. 1985-A, 309).----------
----Por tales razones, la demandada apelante en este segundo agravio también incurrió en deserción parcial del recurso por deficiencia técnica del mismo (arts. 268 y 269 del C.P.C.C.).----------
----En consecuencia, la deserción declarada de ambos agravios conduce a declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 120 por insuficiencia técnica del mismo (arts. 268 y 269 del C.P.C.C.). ----------
----1.c. Finalmente, en cuanto a los agravios del coactor V. referido a la violación al principio de congruencia por haberse ordenado que, en la etapa de ejecución de sentencia, se indique en la liquidación que corresponda el monto total del capital de la cláusula penal debida más los intereses correspondientes y se coteje con la suma abonada por la demandada ($805.537) a fin de verificar si resta un saldo pendiente de pago o en caso contrario si los coactores deben restituir a la demandada el saldo

sobrante, el Dr. De Cunto propuso la desestimación de la queja por entender que –a pesar de que la demandada no reclamó la devolución de lo abonado por ella– habiéndose concluido en el incumplimiento de la accionada y, por ende, en la procedencia de la resolución contractual ejercida por los coactores, la restitución se impone sin necesidad de petición alguna en virtud del principio *iura novit curia*. ----------

----A su vez, el Dr. Lucero considera que le asiste razón al recurrente en cuanto denuncia incongruencia en la sentencia ya que entiende que, sin perjuicio del incuestionable nacimiento de pleno de derecho de la obligación de restituir que pesa sobre los contratantes con motivo del efecto retroactivo que es propio de la resolución del contrato, la jueza de grado incurrió en el vicio de incongruencia por expedirse “extra petita” al ordenar una compensación de oficio de los créditos derivados de dicha obligación mutua de restituir sumas de dinero percibidas y el monto de la cláusula penal con sus intereses individualizados a calcular en la etapa de ejecución de sentencia y, de tal modo, vedó el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio con potencial afectación al derecho de propiedad de las partes. Por tales razones, propicia al acuerdo que se deje sin efecto la porción del fallo que manda a compensar el crédito derivado de la aplicación de la cláusula penal con los importes recibidos por la parte vendedora en autos y que se deben restituir a la compradora demandada en autos. ----------

----Una vez más coincidiré con el criterio del Dr. Lucero en tanto considera que existió incongruencia en el fallo recurrido por haberse expedido la sentenciante *extra petita* ya que si bien no resulta cuestionable que ante la extinción de un contrato por declaración de una de las partes –tal como sucede en el caso de marras– resultaría aplicable la regla establecida en los arts. 1080 y 1081 del CCyC respecto a la restitución de lo que han recibido los contratantes en virtud del contrato, lo cierto es que tal como queda claro de los fragmentos de la sentencia detalladamente citados por el Dr. Lucero y a los que me remito por razones de brevedad, la magistrada –en puridad– ordenó una compensación de oficio. ----------

----Es que, conforme surge de las constancias de autos, la parte demandada no solicitó la restitución de lo entregado en virtud del contrato y, por supuesto, menos aún compensación alguna. En tales condiciones, no resulta posible disponer la compensación de oficio tal como ordenó la sentenciante, sin perjuicio de lo práctico que pueda resultar a fin de evitar futuras contiendas entre las partes en caso de no ponerse de acuerdo respecto de lo que deban restituirse. Y digo esto ya sea que se entienda que se trata de una compensación legal o judicial en los términos dispuestos por los arts. 922, 923, 924 y 928 del CCyC, pues –como se verá– sus efectos son los mismos.--------

----Al respecto se ha dicho en comentario al art. 924 referido a la compensación legal que los efectos de la misma, una vez opuesta, se producen desde el momento en que ambas deudas recíprocas comenzaron a coexistir en condiciones de ser compensadas.-

----Es decir, que una vez que se cumplen los requisitos de la compensación legal, los

efectos operan de pleno derecho, de modo automático, sin la necesidad de que intervenga un órgano jurisdiccional. Ahora bien, lo expuesto no significa que la compensación no deba ser “opuesta” –como indica la normativa– por la parte interesada. El carácter de pleno derecho no importa prescindir del factor voluntario, por lo que se descarta la aplicación mecánica cuando ninguna parte la alegue. Tal es la doctrina clásica francesa y de todos los países cuyos códigos siguen inspiración en esta materia. Esta disposición está en armonía con la posibilidad que tienen las partes de renunciar a la compensación. En tanto no es materia de orden público, los jueces no pueden declararla de oficio. Por lo tanto, si bien los efectos son instantáneos desde que las deudas comienzan a coexistir en condiciones de ser compensadas, se mantienen latentes hasta la invocación de la parte interesada (conf. Curá, José María, Director, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, La Ley, Buenos Aires, 2016, T. III, pág. 350/351). De tal modo, es requisito que la compensación sea opuesta en el proceso por la parte demandada (Rivera, Julio Cesar y Medina, Graciela –Directores–, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, T. III, p. 347) ya que el efecto de extinguir las dos obligaciones no es automático ni se impone *ipso iure*, sino que para que se haga efectivo y tenga plena virtualidad resulta necesario que sea opuesto por alguna de las partes (Alterini, Jorge H., Director general, “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, T. IV, pág. 641). ----------

----Y en lo que hace a la compensación judicial se ha señalado en comentario al art. 928 del CCyC que es la que decreta un magistrado al momento de dictar sentencia en un pleito, declarando admisibles total o parcialmente los créditos invocados por las partes en la demanda y eventual reconvención. Tal como indica la normativa, el momento procesal oportuno para oponer la compensación es de manera simultánea a las defensas respecto del crédito de la otra parte o de modo subsidiario para el caso de que no prosperen. En este escenario, entonces, resulta imprescindible darle la oportunidad a la parte actora de que conteste a las formulaciones alegadas. Por lo expuesto, los efectos de la compensación judicial son idénticos a los de la compensación legal (Curá, José María, obra y tomo citado, págs. 357 y 359), sin perjuicio de que tienen una diferencia transcendente y es que en la compensación judicial el que la opone al momento de hacerlo no tiene cumplidos todos los requisitos de la legal. Necesita que durante el decurso del proceso se complete el referido requisito (conf. Alterini, Jorge H. –Director general–, obra y tomo citado, pág. 649).----------

----De tal modo, no puede entenderse a la decisión de la sentenciante como una aplicación del principio *iura novit curia* como sostiene el Dr. De Cunto, ya que, tal como he señalado en antecedentes de esta Sala, c. 572/18, S.D.L. 25/19; c. 598/17, S.D.L. 16/18; c. 440/16, S.D.L. 75/16, entre otros, debemos recordar que como una manifestación o derivación del principio dispositivo, rige el principio de congruencia, en

virtud del cual, debe existir conformidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional. El principio de congruencia constituye una manifestación del principio dispositivo en sentido material, dado que si el juez no respetara esa conformidad que debe existir entre su fallo, por un lado, y las pretensiones y oposiciones a las mismas, por el otro, estaría incursionando de esta manera en un campo que el ordenamiento jurídico ha reservado exclusivamente a la voluntad de los particulares, cual es la disposición de los derechos materiales o de fondo: igual conclusión cabe inferirse en caso de que sea un tribunal de alzada (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Editorial Astrea, vol. 1, 1989, par. 37, pág. 115). Por ello, la sentencia debe respetar el principio de congruencia. ----------

----Ahora bien, ¿qué se entiende, más ampliamente, por congruencia de la sentencia? Puede ser definida como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto. Es, pues una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma, y, más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro el objeto procesal en sentido riguroso; no, por lo tanto, la demanda, ni las cuestiones, ni el debate, ni las alegaciones y las pruebas, sino la pretensión procesal y la oposición a la misma en cuanto la delimita o acota, teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila (Guasp, Jaime, “Derecho Procesal Civil”, Tomo Primero, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 517). ----En tal sentido, la causa, fundamento o título de la pretensión consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la cual el actor asigna una determinada consecuencia jurídica. Tal invocación no actúa, en rigor como razón justificante de la pretensión, sino que tiene por objeto particularizarla o delimitarla, suministrando al juez el concreto sector de la realidad dentro del cual debe juzgar en el caso. El juez, en efecto, debe decidir si se ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor, pero para ello le es indiferente la designación técnica que aquél haya asignado a la situación de hecho descripta como fundamento de la pretensión, desde que es inmanente a la función decisoria la libertad en la elección de la norma o normas que conceptualizan el caso (*iura novit curia*). No es por lo tanto la norma la que individualiza la pretensión, sino los hechos afirmados en la medida de su idoneidad para producir un determinado efecto jurídico (Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, 1967, T. I, pág. 397).----Y el contenido de la alegación, tanto en demanda como en su contestación, comprende dos categorías, una referida a los datos de hecho y otra, los datos de derecho, ello significa que la invocación de la norma a aplicar nada tiene que ver con la pretensión. Se trata de una alegación jurídica, esto es, cual es a criterio de la parte el derecho a aplicar según su invocación. Y la tarea de subsumir la norma, o sea la

calificación jurídica que corresponda de las pretensiones deducidas en el juicio, es tarea del juez conforme al principio *iura novit curia*. ----------

----El contenido de la alegación lo constituyen, evidentemente, dado el concepto de este acto, aquellos datos lógicos que la parte lleva al proceso para proporcionar al Juez los instrumentos en que ha de basar su sentencia. Se sabe ya que este material lógico, que integra el contenido de la alegación, pertenece a dos grandes categorías: datos de hecho y datos de derecho. a) Datos de hecho son aquellos que consisten en la invocación de un acaecimiento natural o fáctico, que sirve a la parte para argumentar su posición procesal. … b) Datos de derecho son, por el contrario, los constituidos por la invocación de normas jurídicas, es decir, de preceptos de derecho en que basa la parte las peticiones que produce ante el Juez. Esta diferenciación, dentro del contenido de las alegaciones procesales, reviste una gran importancia por el distinto papel que asumen, con respecto a cada uno de los elementos señalados, el Juez y las partes. Dentro del rigor del estricto principio dispositivo, el Juez no podrá aportar datos de hecho. Pero, en cambio, ningún inconveniente existe, y legal y teóricamente se admite, que, con respecto a las normas de derecho, el Juzgador pueda desempeñar un papel activo, es decir, utilizar como instrumento de su fallo, en cuanto motivación jurídica, preceptos que ninguna de las partes haya invocado o que hayan sido manejados errónea o defectuosamente por las mismas: *iura novit curia* (Guasp, Jaime, obra y tomo citado, págs. 319/320).----------

----Y respecto de los datos de hecho, se señala: El problema más importante con respecto a estos datos de hecho consiste en su deslinde frente a los hechos que constituyeron el título o causa de pedir de la pretensión. Pero no es posible dar una regla general que establezca, con seguridad, tal deslinde, sino que hay que remitirse, en cada caso, a la interpretación de la pretensión procesal y de los razonamientos complementarios que la parte formule (Guasp, Jaime, obra y tomo citado, pág. 319). ----

Conforme al principio *iura novit curia* el juez ha de realizar la calificación jurídica que corresponda de las pretensiones deducidas en el juicio, pues la misión de la justicia es aplicar el derecho independientemente de los planteos de las partes (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., T. III, pág. 420, y cita de fallos). ----------

----El *iura novit curia* consiste en que los jueces letrados aplican el derecho que se adapta a las peticiones efectuadas por las partes, aunque éstas denominen o califiquen mal el derecho y se funda en la presunción lógica sobre el conocimiento del derecho por parte del juez a quien corresponde calificar la esencia del pleito y aplicar la norma jurídica pertinente. Con arreglo a tales pautas, la calificación de la acción y la determinación de la norma o derecho aplicable es materia reservada al juez -*iura novit curia*-, quien puede y debe corregir cualquier error de las partes en punto a esta calificación o aplicar un precepto distinto al invocado. Conforme a la regla “iura novit curia” los jueces tienen no sólo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos

según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad del hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes, facultad que deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional de la justicia. Surge así como misión que alcanza el nivel de deber, la de aplicar el derecho objetivo con independencia del invocado por las partes. Es decir, que si el tema planteado remite a consideraciones de orden jurídico inherentes al derecho vigente, su aplicación es deber irrenunciable de los jueces, careciendo de efectos vinculatorios la fundamentación jurídica argüida por los justiciables (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1984 y 1986, T. II-A, págs. 613/614, y T. II-C, págs. 73/74, y citas de pronunciamientos, respectivamente).----------

----En síntesis, en tanto el juez no altere los hechos suministrados por las partes “en la búsqueda del derecho todos los caminos se hallan abiertos ante él” (Couture, Eduardo J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Depalma, 3ra. ed., 1962, par. 181, pág. 286). El juez calificará la relación jurídica (material o procesal según el caso), con sujeción a los principios comunes que rigen su actividad en el proceso. Calificar la relación jurídica importa determinar la norma que la rige, porque la acción se individualiza por los hechos y son los hechos en realidad los que determinan la norma (Alsina, Hugo, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, EDIAR, 2da. ed., 1957, T. II, par. 30/1. c), pág. 249).----------

----Bajo tales premisas, observo que existe una colisión entre la restitución de lo debido en virtud de la rescisión unilateral del contrato y la clara compensación de oficio que dispone la sentenciante lo que torna inadmisible considerar que se ha hecho aplicación del principio *iura novit curia* a la especie, pues de aplicarse dicha regla importaría alterar la *causa petendi* y por tanto violaría el principio de congruencia. Máxime si se tiene en consideración la potencial afectación al derecho de propiedad de las partes al invalidarse su ejercicio de derecho de defensa en juicio por vedarse su posibilidad de cuestionar los importes que corresponde que se restituyan en las monedas que figuran en el contrato (pesos y dólares), tal como señala el Dr. Lucero. ----------

----En tales condiciones, coincido en que corresponde hacer lugar al agravio del coactor V. para dejar sin efecto la porción del fallo que manda a compensar los créditos derivados de la aplicación de la cláusula penal con los importes recibidos por los coactores –en pesos y en dólares– y que deben restituirse a la demandada.----------

----2. En consecuencia, al compartir el criterio del Dr. Lucero también propicio al Acuerdo declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 120 y revocar parcialmente la sentencia venida en apelación en cuanto manda *“A abonar la cláusula penal estipulada en la cláusula séptima del boleto de compraventa de fs. 4/5, siempre y cuando reste un saldo pendiente de conformidad con lo estipulado en los considerandos precedentes”*, confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------

----Toda vez que la revocatoria parcial que se propicia no altera las calidades de vencedora y vencida que presentan las partes actora y demandada en la anterior instancia, en tanto que los honorarios fueron establecidos en forma porcentual, no será necesario efectuar las adecuaciones previstas en el art. 282 del C.P.C.C. ----------

----El fracaso de los agravios traídos por la accionada apelante y el acogimiento de la queja del coactor V. conduce a imponer las costas de Alzada a la demandada vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 del C.P.C.C.). ----------

----Finalmente, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, entiendo adecuados los honorarios que propone regular el Dr. Lucero a favor del letrado patrocinante de la demandada, Dr. D. L. T., y de los letrados patrocinantes de la parte actora, Dres. B. N. A. y A. L. F., en este último caso en conjunto, en las sumas porcentuales equivalentes al 2,25% y 5,4%, respectivamente, porcentajes a calcularse sobre el monto de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 6, 8, 13, 23 y 46, Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. pertinente.----------

----Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó: ----------

----En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: ----------

---- I. Confirmar el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de agravio. ----------

----II. Imponer las costas a los apelantes vencidos, debiendo cada uno de ellos hacerse cargo de los honorarios de sus letrados respectivamente. ----------

----III. Regular los honorarios de los Dres. B. N. A. y A. L. F., en conjunto, en un 4,50%; y los del Dr. D. L. T., en un 2,25%; en ambos casos sobre el monto del proceso a determinar en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA pertinente (conf. arts. 5, 9, 13, 46 y concs. de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871).----------

----Así lo voto. ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Lucero dijo:----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación deducido por la parte demandada. 2) REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado para dejar sin efecto el apartado 2º del punto I del fallo, en cuanto ordena abonar la cláusula penal contemplada en la cláusula séptima del boleto de compraventa de fs. 4/5 *"...siempre y cuando reste un saldo pendiente, de conformidad con lo estipulado en los considerandos precedentes."* (Sic); confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravios. 3) IMPONER las costas de segunda instancia a la parte demandada vencida en ella. 4) REGULAR los honorarios profesionales por las tareas cumplidas en esta alzada del siguiente modo, a saber: al Dr. D. L. T., en la suma equivalente al 2,25%; y, a los Dres. B. N. A. y A. L. F., en conjunto, en la suma equivalente

al 5,4%. Ambas alícuotas porcentuales a calcular sobre el monto del proceso que se determine en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. pertinente. ---------

----ASI LO VOTO. ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado por mayoría con la anterior votación.----------

----Así lo voto. ----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

----Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew, por mayoría; RESUELVE:----------

----DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación deducido por la parte demandada. -

----REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado para dejar sin efecto el apartado 2º del punto I del fallo, en cuanto ordena abonar la cláusula penal contemplada en la cláusula séptima del boleto de compraventa de fs. 4/5 *“...siempre y cuando reste un saldo pendiente, de conformidad con lo estipulado en los considerandos precedentes.”* (Sic); confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------

----IMPONER las costas de segunda instancia a la parte demandada vencida en ella. ---

----REGULAR los honorarios profesionales por las tareas cumplidas en esta alzada del siguiente modo, a saber: al Dr. D. L. T., en la suma equivalente al 2,25%; y, a los Dres. B. N. A. y A. L. F., en conjunto, en la suma equivalente al 5,4%. Ambas alícuotas porcentuales a calcular sobre el monto del proceso que se determine en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. pertinente. ----------

----Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

RAÚL ADRIÁN VERGARA
JUEZ DE CÁMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

SERGIO RUBÉN LUCERO
JUEZ DE CÁMARA
EN MINORÍA

----**REGISTRADA BAJO EL N°____06____DEL AÑO 2021 – SDC – CONSTE**.- ---------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA